



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA"
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE

Dottorato di Ricerca

in

Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale

Curriculum in diritto pubblico dell'economia

XXXII° Ciclo

**LA SOFT LAW E LA CRISI DEL SISTEMA DELLE
FONTI.**

IL DIRITTO ATTENUATO DELLE LINEE GUIDA

Relatore

Prof. Roberto Miccù

Dottoranda

Dottoranda Chiara Ingenito

Anno Accademico 2019-2020

A colui che mi accompagna per mano ogni giorno, a coloro che mi guardano con
occhi amorevoli da lassù.

Indice

Premessa

6

Parte prima

LE FONTI DEL DIRITTO E LA SOFT LAW

CAPITOLO I

LE FONTI DEL DIRITTO E IL LORO SISTEMA

1. Moltiplicazione, frammentazione, destrutturazione e delocalizzazione delle fonti del diritto 14
2. Le diverse declinazioni del criterio della gerarchia e il criterio della competenza 35
3. Dalla piramide alla rete e all'arcipelago: un nuovo assetto delle fonti del diritto 50

CAPITOLO II

LA SOFT LAW

1. Origini ed evoluzione del concetto di soft law 57
2. la "prima" soft law nel diritto internazionale 62
3. La "seconda" soft law nel diritto europeo 70
4. Un esempio particolare di soft law: "*Il soft Brexit*" 84

Parte seconda
IL DIRITTO ATTENUATO COME SOFT LAW
DELL'ORDINAMENTO ITALIANO

CAPITOLO I

DALLA SOFT LAW INTERNA AL DIRITTO ATTENUATO INTERNO: DEFINIZIONE E
CARATTERISTICHE

1 La <i>soft law</i> interna: un nuovo fenomeno giuridico o una nuova fonte del diritto?	99
2. Un tentativo di definizione e funzione del diritto attenuato interno	108
3. Le norme soft interne tra norme sociali e norme tecniche	111
4. Rilevanza giuridica, mancanza di vincolatività, eterogeneità e normatività graduata: un tentativo di “tipizzare” la soft law interna	117

CAPITOLO II

IL DIRITTO ATTENUATO INTERNO NEL “SISTEMA” DELLE FONTI E NEL “DIALOGO”
CON LE ALTRE FONTI

1. La soft law interna come fonte del contesto regolatorio	127
2. Diritto attenuato interno e principio di legalità: pace o guerra infinita?	134
3. La soft law interna nel sistema delle fonti: “la rete a vocazione gerarchica”	143

Parte terza

LE LINEE GUIDA: UNO STRUMENTO DI DIRITTO ATTENUATO DELL'ORDINAMENTO ITALIANO

CAPITOLO I

LE LINEE GUIDA: PROFILI GENERALI

1. Piano euristico	147
2. Le linee guida: da categoria giuridica a fonte del diritto	149
3. Le linee guida al cospetto della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato	159
3.1. Le linee guida al cospetto della Corte Costituzionale	162

CAPITOLO II

LE DIVERSE TIPOLOGIE DI LINEE GUIDA A CONFRONTO

1. Una breve panoramica sulle linee guida nel nostro ordinamento	169
2. le linee guida in campo sanitario: profili problematici e spunti di riflessione	174
3. Linee guida nel diritto dell'ambiente e nel diritto all'ambiente	193
4. Il potere normativo delle Autorità Indipendenti: il caso delle linee guida	206
4.1. Le linee guida dell'Anac	213

Considerazioni conclusive	230
----------------------------------	------------

Bibliografia	235
---------------------	------------

Premessa

Il presente lavoro di ricerca intende indagare, all'interno del tema della soft law, il fenomeno delle linee guida che è attualmente uno dei temi più complessi e ricchi di spunti per gli interpreti, essendo in dubbio se esso possa avere, da un punto di vista costituzionale, un proprio autonomo rilievo e significato.

La vastità del tema, unita all'ampiezza delle categorie concettuali che esso chiama in causa, richiede due precisazioni sia per quanto attiene alla struttura, sia in relazione ad una scelta terminologica e qualificatoria.

Relativamente alla struttura del lavoro, esso è suddiviso in tre parti. La prima è dedicata alle fonti in generale, ai loro rapporti e ai criteri con cui sono disciplinate, alla soft law nella sua evoluzione storica e giuridica, e, in particolare alle prime due tipologie di soft law che si sono affermate negli ordinamenti: quella internazionale e quella europea. La seconda parte è dedicata alla soft law interna e la terza alle linee guida.

La seconda precisazione riguarda l'utilizzo della locuzione *diritto attenuato*, che sarà utilizzata in modo fungibile a quella di *soft law interna*, per spiegare la diffusione nel nostro ordinamento di un nuovo fenomeno, una soft law particolare e diversa da quella internazionale ed europea.

La scelta della locuzione *diritto attenuato* deriva dalla valorizzazione del suo significato, ovvero “*più tenue, meno intenso*” che, come si vedrà, verrà riferito proprio alle caratteristiche e agli effetti degli atti che la ricerca si propone di studiare.

Al fine di inquadrare il diritto attenuato e poi, al suo interno, le linee guida, il lavoro prende le mosse da una ricostruzione *istantanea* del sistema delle fonti e della sua crisi, spiegata attraverso quattro moti ondulatori che le hanno sconvolte.

Infatti, si assiste, sempre più di frequente, alla **moltiplicazione** delle fonti del diritto, alla loro **frammentazione**, alla **destrutturazione** dell'idea di un sistema unitario ed in grado di dialogare efficacemente con gli altri sistemi ed infine alla loro **delocalizzazione**: un quadro che forma l'immagine di un arcipelago o una rete, sempre più lontano dall'idea classica della piramide di kelseniana memoria.

Il lavoro proverà ad indagare la moltiplicazione delle fonti del diritto e perché si è arrivati ad un loro così elevato numero. Fonti come raccomandazioni, linee guida e codici di condotta, e, in particolare, alcune tipologie di moduli negoziati, stanno occupando uno spazio sempre più ampio che prima era esclusivo della normazione istituzionale.

La ricerca svilupperà la reale od apparente frammentazione delle fonti. Infatti, da una parte sembrano ormai chiari i confini tra le nozioni di *pre-law* (atti preparatori rispetto a successivi atti

vincolanti), *post law* (strumenti di interpretazione di atti vincolanti), *para law* (atti non dotati di forza cogente e di coercibilità del comportamento prescritto che creano le c.d. *soft obligation*, aventi veri e propri effetti giuridici) ed *hard law*. Tuttavia, analizzando diverse tipologie di atti appartenenti alle categorie richiamate, (sia a livello interno, sia europeo e sia negli altri ordinamenti), emerge come oggi tali fonti siano tutte espressioni ed articolazioni di un'unica categoria, la c.d. normatività graduata.

La trattazione si concentrerà poi sulla destrutturazione delle fonti, con l'obiettivo di porre in discussione se oggi è ancora possibile includere i diversi gradi di normatività in un unico ed unitario sistema o se invece le nuove fonti vadano poste al di fuori di esso. In tal senso, ed anticipando una possibile conclusione, si può rilevare fin d'ora che appare ormai sempre più recessiva l'idea che le nuove fonti abbiano un esiguo potenziale autoritativo ed un livello variabile di effettività e rilevanza e per questo possano essere poste al di fuori di un eventuale sistema.

Infine, verrà approfondito un quarto moto ondulatorio del sistema, ovvero la delocalizzazione delle fonti (pensiamo alle fonti europee, a quelle regionali e delle autonomie), non più collocate in una struttura fissa e stabile come una piramide, ma organizzabili in una struttura a rete o ad arcipelago. I quattro moti ondulatori, sono sintomatici di una crisi delle fonti per certi versi irreversibile, ma anche necessaria, essendo in corso un cambio di paradigma nello sviluppo dei canoni tradizionali della giuridicità, in cui si considerano dotati di effettività, in termini di vincoli giuridici, anche atti non appartenenti alle classiche fonti del diritto, sulla spinta del fenomeno che la dottrina identifica con l'espressione «diritto sconfinato»,¹ cui fa da contraltare la sempre più marcata temporaneità e precarietà della legge², di fronte a cui lo Stato non ha più la pretesa di pianificare e indirizzare verso un determinato obiettivo, quanto di dare ordine ai rapporti sociali.

La crisi delle fonti che proveremo ad illustrare, risente dell'aggressività dei nuovi “*formanti*”³ che il mercato indica, ovvero il contratto e l'autoregolazione dei privati, gli usi e le consuetudini commerciali e quelle norme adottate, sì da un soggetto pubblico, ma che risentono del peso riconosciuto all'autonomia dei privati in cui è il consenso che prevarica il comando, dando così vita a tutti gli atti che formano il diritto attenuato, atti che hanno efficacia normativa indiretta e presentano una formulazione persuasiva e non precettiva. Ciò nell'ottica di considerare, nella materia delle fonti del diritto, una rappresentazione equilibrata della complessa evoluzione del

¹ FERRARESE M.R., *Diritto sconfinato. Spazi e inventiva giuridica nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 78 ss; RAWLS J., *Il diritto dei popoli*, Einaudi, Torino, 2001; BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2014; SASSEN S., *The State and Globalization: Denationalized Participation*, in Michigan Journal of International Law, 2004, 1141 ss.; CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002; ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari Laterza, 2003; MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000.

² LONGO E., *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*. Torino, Giappichelli, 2017

³ MANETTI M., *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee guida Anac*, in Dir. Cost., Rivista quadrimestrale, 1/2019.

processo di produzione normativa⁴, e quindi contemplandone anche le crisi più o meno profonde che abbiamo ricondotto ai suddetti quattro specifici fenomeni.

Correlativamente alla crisi del sistema delle fonti e della loro rappresentazione all'interno di una piramide, si renderà necessario dare atto delle ragioni per cui i criteri della gerarchia e della competenza non sono più idonei a descrivere i rapporti tra le stesse, avendo le fonti un'espansione magmatica orizzontale (e non più solo verticale), tanto che la dottrina ha coniato nuove rappresentazioni delle fonti, quali, come si è detto, l'arcipelago e la rete. Anticipando una possibile conclusione, da tale analisi emergerà che il sistema, oggi, è caratterizzato da una sorta di gerarchia rivisitata in cui, accanto alla rappresentazione verticale, si affiancano, in orizzontale, nuove fonti. Ciò in quanto il vecchio modello basato sulla gerarchia non viene del tutto meno: la nuova configurazione delle fonti e quella classica sono necessariamente compresenti e complementari. La rete consente, al contempo, di evidenziare nuove dinamiche di funzionamento delle organizzazioni giuridiche e di garantire l'esistenza della struttura classica che assicura allo Stato l'esercizio della sovranità, sebbene su più livelli e dovendosi rapportare all'esistenza di più centri di potere.

Secondo tale odierno assetto delle fonti, il lavoro si incentrerà sul ruolo della soft law e sullo spazio che essa occupa, per capire se appunto gli strumenti di soft law abbiano disgregato il sistema delle fonti, o se invece tale sistema vivesse già la sua crisi prima dell'avvento e della proliferazione degli strumenti di soft law⁵ o ancora se ne plasmino uno diverso dalla tradizionale rappresentazione ormai monolitica della piramide.

A tal fine, prima di tutto, la soft law andrà ricostruita come categoria generale, collocata nel ricchissimo filone di studi che prendono le mosse, nella definizione della sua *identità*, dalla ricostruzione storica e giuridica di tale fenomeno, dalle testimonianze rinvenute sin dal Codice di Hammurabi, nel diritto romano e poi nelle prime teorizzazioni formulate dalla dottrina inglese, ed, in particolare da Hume⁶, il quale precisò che la legge è certamente composta da “*diritti, obbligazioni, proprietà, che però possono avere una loro graduazione e rispetto a cui l'individuo può essere obbligato o meno*”.

⁴ Infatti, come ci insegna la dottrina “*nello studio delle forme di produzione normativa, non è più ammissibile condurre ricerche avendo esclusivo riguardo alla situazione esistente nell'ambito dello Stato di riferimento di chi conduce le ricerche stesse... non si può certamente nemmeno sostenere che l'evoluzione sia determinata dalla globalizzazione*”. PIZZORUSSO A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2008, 15,16.

⁵ I mali del nostro sistema delle fonti vengono sottolineati da tanto tempo. VASSALLI F., *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, (a cura di) AA.VV., I, Padova, Cedam 1950, 491 ss.; LUCIFREDI R., *Inflazione legislativa o caos nella legislazione*, in *Civitas*, 2, 1951, 15 ss.; STURZO L., *La macchina legislativa*, in *La via*, 1951, 6 ss.; RUINI M., *La funzione legislativa tecnica delle leggi e lavori parlamentari*, I *quaderni della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953, 15 ss.; GIANNINI M.S., *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trimestrale di diritto pubblico*, 1954, 285 ss.; GROSSI G., *Patologia della legge*, in *Jus*, 1960, 1 ss.; PREDIERI A., *La produzione legislativa*, in *Il Parlamento italiano, 1946-1963*, a cura di SANTORI G., SOMOGYI S., LOTTI L., PREDIERI A., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1963, 205 ss. Per la situazione antecedente all'entrata in vigore della Costituzione CARNELUTTI F., *La crisi della legge*, in *Riv. Dir. pubb.*, 424 ss.; JEMOLO A.C., *Il nostro tempo e il diritto*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1932, 152 ss.; CESARINI SFORZA W., *La crisi delle fonti*, *Arch. giur. F. Serafini*, 1, 1936, 18 ss.

⁶ HUME D., *A treatise of human nature*, Book, III, part, II, chapter VI.

Premesso quindi un inquadramento generale, la ricerca, al fine di concentrare l'attenzione sulla soft law interna (che occupa tutta la seconda parte), si soffermerà sulle tipologie di soft law che si sono affermate per prime ovvero la “*prima*” soft law quella internazionale, fatta da accordi, trattati e risoluzioni dell'assemblea generale delle Nazioni Unite, oltre che convenzioni e principi.

Ancora, si segnala la “*seconda*” soft law, ovvero quella europea, che a diversi livelli⁷, sia nei rapporti orizzontali tra stati membri, sia verticali tra Unione e Stati Membri, sia nei rapporti tra UE e Parlamento, Consiglio, Commissione ed Agenzie Europee, produce effetti nei confronti dei terzi, esprimendosi soprattutto mediante raccomandazioni e linee guida, al fine di dare effettività al diritto UE.

All'interno poi della soft law europea, abbiamo descritto un recentissimo fenomeno di c.d. *soft Brexit*.

Nel definire tali tipologie di soft law, la ricerca si è posta l'obiettivo di mettere in luce le caratteristiche di entrambe, sia nelle elaborazioni della dottrina, sia nelle pronunce delle Corti.

Da tutto ciò è emerso che non ci si può limitare a circoscrivere il fenomeno della soft law nel nostro ordinamento rispetto alle fonti del diritto internazionale (ed ormai anche europeo), ma occorre analizzare invece le problematiche interne al sistema, operazione ancora più difficile in quanto fino ad ora il *mare* della soft law, come fonte interna dell'ordinamento italiano, è stato solo lambito da chi ha analizzato la soft law come strumento di diritto comparato, senza mai penetrarla nel profondo.

La seconda parte del lavoro è dedicata al “*phénomène*” della soft law del nostro ordinamento, ovvero a quello che dobbiamo abituarci a definire come diritto attenuato.

Il punto di partenza del ragionamento sarà chiedersi se la soft law interna sia o meno una vera e propria fonte del diritto. Se per fonte si intendono gli atti e i fatti idonei a creare, modificare o abrogare regole ovvero espressioni del diritto, (come affermato dal Guastini), allora anche gli strumenti di soft law sono una fonte, pur nella loro multiforme varietà e collocazione in una parte della gerarchia delle fonti, nella complessa e variegata famiglia delle fonti di tipo secondario. Più precisamente, gli strumenti di soft law possono essere intesi quale fonte “sostanziale” del diritto, ovvero fonti cui manca una veste formale che le inquadri come tali, ma che si atteggiavano come espressione regolatoria di una condotta. Se però si ritiene che la soft law sia idonea a generare regole giuridiche (sebbene si tratti di regole giuridiche particolari), allora alcuni concludono che vada

⁷ Anzitutto gli atti di soft law possono riguardare materie direttamente connesse con il trattato istitutivo e rispetto alle quali l'Unione ha una competenza esclusiva; materie che rientrano nell'oggetto del Trattato, ma per le quali l'Unione non ha una competenza esclusiva e nelle quali esiste un mero obbligo di coordinazione tra gli Stati membri; materie che non appartengono esplicitamente all'oggetto del Trattato, ma che, tramite un'interpretazione estensiva, materie per le quali deve ancora essere deciso se ed in quale misura la disciplina debba essere fatta a livello di Unione o di Stati membri, ed infine materie che in teoria non coinvolgono gli obiettivi del Trattato, ma che possono riguardarli in alcuni casi come per ciò che riguarda la Cooperazione Politica Europea.

inserita nel corpus normativo delle fonti dell'ordinamento e quindi faccia parte del processo di positivizzazione, come espressione di una normatività da più parti definita come graduata. Tuttavia, secondo altri, volendo abbracciare una tesi classica e maggiormente garantista, essa può essere qualificata come fonte, ma solo *extra ordinem*, non disciplinata sulla base di disposizioni sulla produzione giuridica, bensì operante sulla base del principio di effettività, inteso come quel fenomeno per il quale il diritto nasce dall'osservanza delle norme, comunque prodotte, da cui si induce la convinzione di giuridicità delle stesse. In tal senso abbiamo dovuto sondare il rapporto tra queste norme e il principio di effettività, che si pone quindi come fondamento del sistema della produzione giuridica anche e soprattutto rispetto alle stesse, costituendo esse un fenomeno che si presenta quale deroga (giustificata) al rispetto del principio della certezza del diritto.

Il lavoro si sofferma poi sulle caratteristiche delle norme di diritto attenuato. Prima esse vanno distinte dalle norme sociali poi, in quanto norme giuridiche, vanno confrontate con la limitrofa categoria delle norme tecniche da cui si distinguono, ma con cui hanno in comune diversi caratteri ed in particolare due, che qui interessano. Il primo riguarda la comune intrinseca tecnicità, ovvero la preponderanza di elementi afferenti la scienza e la tecnica; il secondo, il rapporto con le norme primarie cui si riferiscono che per entrambe è di sussidiarietà o rinvio, talvolta di vera osmosi.

In merito alle caratteristiche delle norme di diritto attenuato, se ne sono distinte quattro.

La prima è la loro rilevanza giuridica, che, in risposta alla complessità giuridica della globalizzazione, si inserisce quando il rapporto tra diritto e legislazione si allenta e quindi consente a tale fonte di imporre la sua giuridicità a vari livelli. Le norme di soft law interna, quindi, sono rilevanti giuridicamente: la spontanea osservanza da parte dei destinatari le rende di per sé rilevanti.

La seconda riguarda la particolare vincolatività di cui tali atti sono dotati. Essi, non sono privi di vincolatività in assoluto, essendo dotati di una prescrittività attenuata. Infatti, la spontanea osservanza di tale norme da parte dei consociati conferisce loro una valenza giuridica che ha valore, *“più che di un consiglio, ma meno di una prescrizione”*.

La terza caratteristica riguarda la particolare normatività di cui sono dotati gli atti di diritto attenuato. Essa segna un distacco dalla classica nozione di normatività “statica” di stampo kelseniano, in cui il momento normativo puro qualificava la produzione giuridica ed in esso si esauriva. Si tratta di una particolare forma di normatività graduata e non monolitica che si colloca *“in un continuum configurato dalle diverse possibili relazioni riguardanti la vigenza e la validità dei materiali giuridici, la loro effettività, la valenza che questi assumono nel processo di positivizzazione, la loro cogenza i loro indici di ottemperanza”*⁸.

⁸ Si fa riferimento al pensiero di KINSBURY B., KRISH N., STEWART R., *The emergence of global administrative law*, Law e contemporary problems, 2005.

La quarta ed ultima caratteristica concerne l'eterogeneità che si può riferire tanto al soggetto emanante l'atto, quanto alla natura dei singoli atti, al tipo, alla procedura, all'efficacia, oltre che alle funzioni.

La qualificazione della soft law interna come fonte del diritto impone di considerarla anche e soprattutto come fonte del contesto regolatorio, ovvero negli ambiti caratterizzati dalla presenza di autorità di regolazione. In tali ambiti è valorizzato il ruolo partecipativo per i destinatari delle norme soft e la cui osservanza è garantita non da una coerenza di tipo tradizionale, ma da una capacità persuasiva che conduce alla spontanea ottemperanza. Al di là delle riflessioni generali sugli strumenti di diritto attenuato interno, è nella funzione regolatoria che trovano la loro massima espressione ed è proprio traendo spunto da tale analisi fattuale, atto per atto, che molti esponenti della dottrina concludono per ritenere che la principale funzione del diritto attenuato sia quella regolatoria. Se è vero quindi che la soft law ha un'anima "regolatoria", vanno chiariti i rapporti tra soft law e soft regulation poiché si tratta di un rapporto di genere a specie ove è soft regulation la tipologia di soft law propria degli ambiti in cui sono presenti autorità di regolazione.

Nella ricostruzione della categoria del diritto attenuato interno, uno spazio va dedicato al suo rapporto con il principio di legalità. Ciò, in quanto, la crisi del principio di legalità si sta manifestando contemporaneamente con il diffondersi, nel nostro ordinamento, della soft law e quindi con la nascita dell'autonoma categoria del diritto attenuato interno. Rispetto al rapporto tra diritto attenuato e legalità, si dovrà porre l'attenzione sul rapporto tra legalità ed effettività, sulla rivisitazione del concetto di legalità sostanziale rispetto alla valorizzazione di quella procedimentale. L'obiettivo dovrebbe essere quello di arrivare ad un modello di sintesi che coniughi il principio di legalità, quale espressione della decisione politica e quello di effettività delle regole, realizzando una nuova sintesi tra autorità e libertà.

Consentito così alla soft law interna di entrare nel sistema delle fonti senza frizioni con i principi generali del diritto, la ricerca si incentrerà sulla sua collocazione nel sistema e sul rapporto con le altre fonti del diritto. Dovendo trovare uno spazio alla soft law nel sistema delle fonti, tale sistema dovrà essere inquadrato in una struttura reticolare a vocazione gerarchica. Non basta collocare le fonti nella sola rete, ma va anche considerata la gerarchia, come garanzia del rispetto della supremazia della Costituzione e dei principi di tassatività, riserva di legge e legalità. Pertanto, il diritto attenuato va comunque inserito in una struttura reticolare, volta a garantire la compresenza dell'ordine imposto dalla gerarchia, così come della rete. In questo modo si realizza una *compresenza* della piramide, tipica del costituzionalismo *verticale* classico, insieme ad una nuova forma di costituzionalismo *orizzontale*.

Nella terza parte del lavoro, l'analisi della soft law sarà abbastanza matura da consentirci di approfondire la controversa categoria delle linee guida.

Nella consapevolezza della portata meramente descrittiva del concetto di linea guida e della sua permeabilità ad elementi riconducibili alla sfera dell'effettività più che a quella della giuridicità, si cercheranno di formulare alcune definizioni iniziali di tale fenomeno giuridico, nella sua evoluzione da categoria extra giuridica a categoria giuridica, nell'ambito di numerosi settori dell'ordinamento, da quello sanitario, a quello ambientale e dell'immigrazione a quello delle Autorità Indipendenti.

A tal fine si vaglieranno i possibili approcci classificatori (fonte *extra ordinem*, norma tecnica, norma interna, direttiva, fonte terziaria, strumento di soft law), tenendo conto dell'elaborazione dottrinale e del dato emergente dalla prassi legislativa e giurisprudenziale. In particolare l'attenzione va posta sulle pronunce della Corte Costituzionale, che si è soffermata sulla qualificazione delle linee guida quale parametro di costituzionalità e sul rapporto che le lega alla norma primaria cui si riferiscono, ma anche sulle sentenze della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato rispettivamente sulle linee guida in materia di salute e di Autorità Amministrative indipendenti.

Si cercherà in tal modo di dare atto della complessità del fenomeno oggetto di studio, analizzando anche il completo atteggiarsi delle linee guida, come categoria generale, soprattutto con un approfondimento circa l'uso, in esse, del linguaggio performativo. L'ampiezza del panorama problematico rende impensabile, se non altro in questa sede, l'adozione di un approccio "quantitativo", volto ad effettuare una mappatura integrale della prassi in materia. Abbandonate quindi le pretese di completezza, è apparso offrire maggiori garanzie di funzionalità l'approccio casistico, basato sull'individuazione di tre tipologie specifiche di linee guida, che consentano di esplorare, qui sì esaustivamente, i diversi aspetti, sia genetici sia applicativi. L'analisi riguarderà le linee guida in campo sanitario, le linee guida nel diritto dell'ambiente e all'ambiente ed infine quelle delle Autorità Indipendenti (in particolare quelle dell'Anac), che hanno destato maggiori inquietudini, sia nell'ambito della dottrina sia della giurisprudenza. I tre settori richiamati sono tra loro molto diversi, ma le barriere di tipo sostanziale che intercorrono tra loro e ne tracciano numerose differenze, possono essere superate laddove essi chiamino in causa interessi e principi costituzionali, seppur diversi, ma che nella sostanza si somigliano, anche al fine di contemperare interessi coinvolti, dato che si tratta di settori tutti "sensibili" dell'ordinamento. Per tale ragione essi si rivelano tutti idonei a fungere da terreno di sperimentazione, come si propone appunto nella ricerca.

Tracciate così le coordinate essenziali all'interno delle quali si inserisce il tema oggetto di indagine, seppur nella vastità del panorama problematico, la coordinata metodologica illustrata sembra fornire una cornice di riferimento idonea ad orientare una sistemazione del fenomeno del diritto attenuato e, al suo interno, delle linee guida, di cui si cercheranno di delineare le implicazioni sostanziali, in particolare nel rapporto con le teorie generali in tema di fonti del diritto e di principi

come quelli di legalità e certezza, cercando così di comprendere lo spazio che oggi occupano tali atti normativi nel panorama delle fonti del diritto.

Parte prima

LE FONTI DEL DIRITTO E LA SOFT LAW

CAPITOLO I- LE FONTI DEL DIRITTO E IL LORO SISTEMA 1. Moltiplicazione, frammentazione, destrutturazione e delocalizzazione delle fonti del diritto. -2. Le diverse declinazioni del criterio della gerarchia e il criterio della competenza. -3. Dalla piramide alla rete e all'arcipelago: un nuovo assetto delle fonti del diritto.

CAPITOLO II- LA SOFT LAW 1. Origini ed evoluzione del concetto di soft law 2. la "prima" soft law nel diritto internazionale 3. La "seconda" soft law nel diritto europeo 4. Un esempio particolare di soft law: "Il soft Brexit".

CAPITOLO I

LE FONTI DEL DIRITTO E IL LORO SISTEMA

1.Moltiplicazione, frammentazione, destrutturazione e delocalizzazione delle fonti del diritto

Secondo una parte significativa della più recente dottrina⁹ ragionare in tema di fonti del diritto oggi,¹⁰ è ancora più difficile che in passato e ciò per diverse ragioni.

⁹ CARLASSARE L., Voce "*fonti del diritto*" (dir. cost.) in Enciclopedia del Diritto, Annali II-2, 2008, 536; SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 2009, cap. I; MODUGNO F., Voce *Fonti del diritto* (gerarchia delle) Enc. Dir., Agg., I, Milano, Giuffrè, I, 1997; RUGGERI A., *E' possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?* Relazione al Convegno su *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, Università degli Studi di Roma Tre 27-28 novembre 2008 e BIN R., *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*, in Studi in onore di Lorenza Carlassare, Napoli, Jovene, 2009.

¹⁰ Secondo una parte della dottrina, Bobbio, "*quando il problema delle fonti acquista onore di riflessioni e dibattiti... è segno che il mondo giuridico sta attraversando una fase di trasformazione e non ha ancora trovato il suo assetto*" BOBBIO N., *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 13.

Innanzitutto il nostro, come altri ordinamenti¹¹, è stato investito da una rivoluzione secondo cui, non solo è problematico formulare delle riflessioni su questo tema, ma è persino in dubbio la stessa qualificazione delle fonti quali pilastri su cui poggia l'intero ordinamento, nel senso che “*se ci si indugia ad osservare come sono fatti i pilastri vuol dire che l'edificio vacilla ed ha bisogno di una revisione che cominci dal basso*”¹².

Per questo nel ricostruire l'attuale crisi del nostro sistema delle fonti del diritto, vanno colte preliminarmente le quattro diverse concause che l'hanno generata, ovvero la loro moltiplicazione, la frammentazione, la destrutturazione e la delocalizzazione.

Per inquadrare meglio l'argomento dovremmo procedere, nel descrivere ciascuno dei quattro fenomeni, ad un'analisi delle fonti e del sistema all'interno del quale sono poste da un'angolazione storica e al tempo stesso giuridica.

MOLTIPLICAZIONE

Negli ultimi anni si assiste sempre di più al fenomeno della **moltiplicazione** delle fonti¹³, causata dall'accrescimento del numero dei suoi significati e dall'abbandono dell'idea di fonte esclusivamente intesa quale fatto idoneo a creare diritto oggettivo nell'ordinamento¹⁴.

Relativamente ai diversi significati di fonte¹⁵, secondo la dottrina tradizionale¹⁶, si intendeva solo quella integrata dai fatti reali della vita sociale, al di fuori del concetto di ordinamento come tradizionalmente inteso.

¹¹ Si richiama l'Ordinamento Europeo in cui in numerosi ambiti, come ad es. in quello finanziario, la produzione e applicazione del diritto si presentano come risultato di un dialogo fra centri di potere reticolari, non gerarchicamente ordinati che conduce il sistema delle fonti ad entrare in crisi.

¹² Bobbio, op.cit., 14.

¹³ Di moltiplicazione e destrutturazione della produzione normativa riferisce Serges. Vedi sul punto SERGES G., *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in Osservatorio sulle fonti, Fascicolo 3/2017, 2 e ss. Ancora, secondo Pastore, accanto alla vera e propria moltiplicazione delle fonti va analizzata anche la loro *de-tipizzazione* che “*disarticolano l'edificio neoclassico costruito sulle linee semplici e regolari di un insieme normativo fondato sulla legge*” PASTORE B., *Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale*, in diritto e questioni pubbliche, XVII, 2017, 1, ma anche GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, e SILVESTRI G., *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Politica del diritto*, 18, I, 1987, 149.

¹⁴ Per tutti si richiama CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984, 2, il quale, per primo, si era domandato quali sono le fonti “legali” nell'ordinamento, precisando che tale quesito non è solo teorico, in quanto vi sono delle precise conseguenze pratiche che discendono dall'appartenenza di determinate norme al diritto oggettivo.

¹⁵ È ormai universale l'utilizzo della metafora della fonte, intesa quale sorgente, ovvero come il complesso processo da cui scaturiscono le norme giuridiche. PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, 15. Per quanto concerne le origini romanistiche della nozione di fonte del diritto, si rimanda a MOSSINI L., *Contributo alla storia di una metafora giuridica*, in «Studi senesi», 1962.

¹⁶ Si richiama il dibattito avvenuto tra gli studiosi del primo novecento i quali ritenevano che le fonti fossero prima di tutto da intendersi quali i fatti della vita sociale, in aperta contrapposizione alla legge formale. Il diritto era, prima di tutto, dato “*dalle forze fisiche, economiche, storiche, morali che agiscono sulla società*”. Sul punto ci si riferisce in particolare al pensiero di MICELI V. *Le fonti del diritto*, Palermo, A. Reber, 1905, 4 e ss., CAMMEO F., *Della manifestazione della volontà*

Con la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, Crisafulli¹⁷, valorizzava la pluralità e la varietà delle fonti, divenendo così, il loro significato, sempre più variegato e relativo.

Per fonti si iniziarono ad intendere i fatti e gli atti qualificati come tali¹⁸ nell'ordinamento, o, più nello specifico, i fatti “*creativi di diritto*”¹⁹, ovvero da cui scaturisce, come da una sorgente, il diritto²⁰. Si trattava delle fonti di produzione²¹ ovvero atti e fatti abilitati dall'ordinamento stesso a creare (ma anche modificare ed estinguere) il diritto oggettivo²², definiti come «normativi» perché riguardanti appunto la produzione e modificazione di norme che costituiscono il diritto positivo²³. Pertanto, si distinsero numerosi significati che può assumere il termine fonte: espressione metaforica del fenomeno di produzione del diritto inteso in senso oggettivo come “*insieme di norme costitutive di un dato ordinamento*”, ma anche fattispecie di altre norme sulla produzione delle norme stesse²⁴.

Nel primo significato, sempre secondo la medesima dottrina, si ha un'accezione teoretica di fonte che si attualizza nella produzione di norme; nel secondo, invece, una nozione dogmatica relativa ad un ordinamento in cui per fonti sono intesi tutti i fatti che producono norme nell'ordinamento.

dello stato nel campo del diritto amministrativo, 1901, 13-14, GOLDSCHMIDT J., *Problemi generali del diritto*, 1950, Padova, Cedam, 64-65, CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1951, 47 e ss.

¹⁷ CRISAFULLI, op.cit., 930 e ss.

¹⁸ La definizione si deve a CRISAFULLI, op.cit., 4.

¹⁹ Si deve tale espressione a Sandulli nella voce da lui curata. SANDULLI A.M., *Fonti del diritto*, Novissimo Digesto Italiano, VII, 1961, 525 ss.

²⁰ La dottrina tradizionale poneva l'attenzione sulla capacità delle fonti di stabilire quali regole l'ordinamento volesse esprimere. PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto*, Zanichelli, 1977, 6.

²¹ MODUGNO, op.cit., 192

²² GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 55; BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1955, 34-35; SANDULLI A.M., voce *Fonti del diritto*, in Nuovissimo Digesto It. VII, 1961, 525; BOBBIO N., *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, Giappichelli, 1942; CRISAFULLI V., voce *Fonti del diritto (dir. Cost)*, Enc. Del diritto vol. XVII, 1968; TREVES G., *Principi di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1971, LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1970, 19 ed infine MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975, 11.

²³ In merito al legame tra fonte e norma, Crisafulli precisa che “*l'idea di fonte non può essere disgiunta dall'idea di norma*”, nel senso che “*tra l'una e l'altra sussiste correlazione logica necessaria, poiché chi parla delle fonti, con ciò stesso evoca immancabilmente l'idea di diritto o di norme del diritto, così come chi parla del diritto (in senso oggettivo) o dell'ordinamento normativo, parla anche delle sue fonti*” Crisafulli, op.cit., 4 e ss. Inoltre, tra norma e fonte risulta esserci anche una presupposizione logica, nel senso che “*il concetto di norma, costitutivo dell'ordinamento, preceda il concetto di fonte*”. sebbene la corrispondenza biunivoca tra fonti e norme non è sempre certa laddove solo alcune producono norme ma vi sono anche norme senza la loro fonte rispettiva di riferimento.

²⁴ MODUGNO, op.cit., 192

Un esempio di crisi dell'unitarietà del concetto di fonte, può essere rinvenuto nell'ambito delle fonti di regolazione²⁵ che sono sempre più diffuse nel nostro ordinamento²⁶, frutto del c.d. *regulatory process*²⁷, che assume variegati significati nei diversi livelli, centri e modi in cui le fonti si producono. Sempre in tema di moltiplicazione dei significati di fonte, si richiama ancora la tripartizione prospettata da Senden²⁸ secondo cui la *soft law* può assumere diversi significati, ovvero “*pre-law*”, “*para-law*”, “*post-law*”, tripartizione che oggi, con la sempre più significativa presenza degli strumenti di soft law, sembra essere valida anche nel nostro ordinamento.

Nel primo significato, “*pre-law*”, si tratta degli gli strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti con funzione propedeutica alla formazione di nuove regole giuridiche vincolanti che colmano i vuoti normativi e pongono le basi per la creazione di obblighi giuridici nella materia in esame. Nel secondo significato, “*post law*”, si tratta di strumenti di interpretazione di atti vincolati (linee guida, codici di condotta, direttive) che mirano a integrare, specificare ed interpretare il contenuto di altre norme. Ed infine nell'ultimo significato, “*para law*”, essa comprende gli strumenti alternativi ad atti vincolanti ovvero dichiarazioni, raccomandazioni, pareri.

Rispetto al secondo aspetto da trattare in tema di moltiplicazione, ovvero se per fonti si intendono solamente i fatti idonei a creare diritto oggettivo nell'ordinamento o se invece è la “*famiglia*”²⁹ delle fonti che sta cambiando, bisogna partire dall'idea che la fonte oggi non si identifica più un'unica figura giuridica, ma comprende più atti e fatti che concorrono a formare, modificare ed innovare l'ordinamento giuridico³⁰. Non sono solo quelli idonei a creare diritto oggettivo, poiché è sempre

²⁵ Con l'avvento della regolazione che si rinviene soprattutto nell'attività delle Autorità Indipendenti, il sistema delle fonti si stravolge ulteriormente, sia perché si disperde il potere normativo, sia perché si realizza la c.d. fuga dal regolamento, preferendo quindi una disciplina agile e flessibile che sfugga dal sistema delle fonti e più adattabile alla realtà economica. In tema di regolazione ed in particolare soft regulation, si veda RAMAJOLI M., *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari* in Rivista della regolazione dei mercati, 2/2016.

²⁶ Sul punto si richiama la trattazione di Bin che mette in luce proprio il fenomeno del proliferarsi degli atti regolativi, soprattutto anomali, quali quelli derivanti da “*metodi consensuali e partecipati*” di produzione normativa”. BIN R., *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, in <http://www.forumcostituzionale.it>

²⁷ BIGNAMI F., *Introduzione a F. Bignami-E. Zaring, Comparative Law and Regulation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK-Northampton MA (US), 2016.

²⁸ Si richiama la classificazione elaborata da Senden, che per prima ha teorizzato le tre possibili sottocategorie della soft law: pre-law, post law e para law. Per un'ampia trattazione sul tema vedi SENDEN L., *Soft Law in European Community Law*, Modern Studies in European Law (Book 1), 457 e ss.

²⁹ Bobbio, nella propria trattazione, afferma che oggi non si può più abbracciare né l'idea dell'ordinamento inteso come “*una famiglia numerosa che si accresce di giorno in giorno, e purché si accresca, non importa se i figli siano tutti legittimi, onde avviene talora che l'elenco delle fonti si accresca di voci spurie*” ma neppure l'idea secondo cui “*l'ordinamento è come un albero genealogico in cui risalendo di figlio in padre si giunge al capostipite; ma come di ogni capostipite esiste, a saperlo trovare, un padre, un nonno, un antenato insomma, così della norma assunta come fondamentale si può sempre scoprire una norma che la fonda*” Bobbio, op.cit.,16.

³⁰ Si richiamano, tra gli altri, PERASSI T. *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, Cedam, 1967, 5-46; BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960; SANDULLI A.M. *Fonti del diritto*, in Nuovissimo digesto italiano, VII, 1961, 524-533.525; CRISAFULLI V., *Fonti del diritto* (diritto costituzionale) in Enciclopedia del diritto, vol. XVII, 1968, 925-966; PIZZORUSSO A. *Fonti del diritto. Articoli 1-9*, Zanichelli- Il Foro Italiano, Bologna-Roma, Zanichelli, 1977,14, SORRENTINO F. *Le fonti del diritto* in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico* vol. I, *Diritto pubblico generale*, Bologna, Il Mulino, 1997, 117- 221, GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, 45. In particolare Paladin, op. cit., 17 il quale, riprendendo l'impostazione di Perassi, precisa che “*sono fonti quei fatti giuridici largamente intesi, cui l'ordinamento giuridico connette la nascita oppure la modificazione o l'estinzione di una norma giuridica*”.

più difficile enucleare, gli indici idonei a comprendere se si è in presenza di una fonte del diritto o meno.

Ciò in quanto non è più possibile enumerare in modo esplicito, completo e tassativo le fonti legali né definire gli elementi specifici che le contrassegnano, tenuto conto che sempre più “*le fonti immediate o dirette, delle norme giuridiche presuppongono le fonti mediate, intese come cause originarie delle continue rinnovazioni dell’ordinamento*”³¹ e quindi enucleare i loro elementi differenziali diventa un’operazione assai ardua.

Si assiste sempre di più alla nascita di atti normativi di diversa natura, non sempre armonizzati³² ed anzi atipici poiché nell’ordinamento esistono sempre più spazi giuridici in cui è possibile che si svolgano processi di creazione di nuove fonti³³.

Il concetto unitario di fonte è stato quindi messo in crisi in una prospettiva funzionale in cui, valorizzando il carattere dell’imperatività, è ritenuta fonte solo quella che è “*regola efficace per tutti coloro che sono soggetti all’ordinamento dello Stato italiano*”. Così si ricomprendono nel concetto di fonti, numerosi atti eterogenei (che si approfondiranno nel prosieguo della trattazione) tra cui, secondo una parte della dottrina³⁴, vanno annoverati anche gli atti amministrativi generali, le circolari, i testi unici e i nuovi strumenti di normazione tra cui si richiamano le linee guida³⁵.

Alcuni interpreti valorizzavano, delle fonti, i caratteri della “*generalità ed astrattezza*”³⁶ escludendo, dal novero delle fonti, le norme non generali e non astratte³⁷. Tuttavia, secondo altra dottrina accanto ad atti certamente normativi (perché generali ed astratti) ed atti certamente non normativi (assenza, in negativo quindi, di generalità ed astrattezza), vi sono degli atti di cui si dubita del

³¹ PALADIN, op.cit., 15.

³² SERGES, op.cit., 2.

³³ ZAGREBELSKY, op.cit., 15 ss.

³⁴ PALADIN, op.cit., 23.

³⁵ Sul punto si richiama il pensiero di Cintioli il quale riconduce le linee guida nell’ambito delle fonti atipiche ed in particolare terziarie del diritto amministrativo, ovvero quali contenitori «*di regole generali e astratte, idonee a disciplinare la materia in oggetto sostituendosi, nell’intento del Legislatore, ad atti regolamentari ed assumendo così una forza innovativa nell’ordinamento*» CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. n.2/2017. Per una trattazione diffusa in tema di linee guida, si richiama ITALIA V., *le “linee guida” e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016.

³⁶ I rischi connessi alla definizione delle fonti sulla base della positiva caratterizzazione come generali e astratte, riguardano, per la generalità, il fatto che essa spetta a molti gruppi di atti, riferibili ad una pluralità di soggetti. Pertanto il limite principale del carattere della generalità è proprio l’essere “*elastica*” e sul punto si richiama MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975-1976, 306 e ss. Relativamente all’astrattezza, si evidenzia ancora una volta il concetto di ripetibilità, ovvero la norma astratta è quella che può essere applicata in un innumerevole numero di casi.

³⁷ Si rinvia a Crisafulli sul concetto di norma generale ed astratta, ovvero suscettibile di infinita applicazione nel senso di ripetibile. Viene inoltre evidenziato che la generalità rappresenta un carattere “*naturale*” delle norme, costituenti il diritto oggettivo ed inoltre la legge deve essere generale nel rivolgersi a tutti i consociati (collegando generalità ed esigenza politica del rispetto dell’eguaglianza. CRISAFULLI, op.cit., 27 e ss. Anche Rescigno precisa il ricorso al criterio della “*generalità ed astrattezza*” della norma in negativo, nel senso che la loro assenza è sufficiente per negare la natura di atto normativo all’atto preso in considerazione. RESCIGNO G.U., *L’atto normativo*, Roma, Zanichelli, 1998.

carattere normativo, di cui sono incerte le linee di confine con gli atti certamente normativi e certamente non normativi³⁸.

La moltiplicazione delle fonti pertanto risente della moltiplicazione dei significati di fonte e, al contempo, del suo disarticolarsi in modi diversi di produzione del diritto, non più identificabile dagli interpreti solo ed unicamente nella definizione di “*fatto idoneo a produrre diritto oggettivo*”.

Pertanto si realizza “*un processo di trasformazione*” e insieme di “*moltiplicazione delle fonti*”³⁹ di cui, una delle conseguenze più macroscopiche, consiste nel rinvio, da parte della legislazione, ad atti di incerta configurazione con funzione integrativa del dettato legislativo.

Sul punto dobbiamo richiamare fin d’ora la distinzione, operata da una parte della dottrina⁴⁰, secondo cui, vi è una prima categoria di atti che sono previsti dalla legge come espressione di un potere pubblico e, per questo, vincolano formalmente il comportamento dei destinatari (pubblici e privati) che devono motivare adeguatamente se si discostano da tali norme. Vi è poi una seconda categoria di atti che invece è frutto di competenze dei privati o di gruppi professionali (come ad es. i codici di comportamento) che invece, suggerendo dei criteri di condotta, divengono un parametro per definire la responsabilità sociale o disciplinari di chi non li rispetta o, al più, sono utilizzati dal giudice nel valutare la responsabilità di un’impresa o di un professionista. In particolare le linee guida si sono diffuse in numerosi settori sia come atti appartenenti alla prima sia alla seconda categoria.

Esse infatti, si stanno imponendo nel sistema tanto con un’efficacia modulata, funzionale alla norma primaria cui rinviano, cui fanno da ausilio tecnico ed integrativo⁴¹, sia costituiscono, assieme ad altri atti di incerta natura come codici di comportamento, *best practices* e raccomandazioni, esempi, sempre più diffusi, della moltiplicazione del quadro normativo che appare così sempre più sfilacciato e ricco di incertezze e contraddizioni.

³⁸ RESCIGNO, op.cit.

³⁹ E’ Serges che ritiene che la trasformazione delle fonti si declini nella loro moltiplicazione, ovvero focalizza l’attenzione sulla sola moltiplicazione come conseguenza della trasformazione. SERGES, op.cit., 12.

⁴⁰ MANETTI M., *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee guida Anac*, in Dir. Cost., Rivista quadrimestrale, 1/2019

⁴¹ Sulla funzione integrativa e tecnica propria delle linee guida si richiama la trattazione di ITALIA V., *Le linee guida e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016.

FRAMMENTAZIONE

La frammentazione⁴² delle fonti coincide con la perdita, per la legge, del ruolo di “*fonte delle fonti*”⁴³ e con suo spezzettarsi in tanti diversi atti normativi.

In origine⁴⁴ la legge costituiva la suprema manifestazione della volontà dello Stato e ad essa veniva riconnessa la speciale efficacia designata appunto quale “*forza di legge*”, sia *materiale*, quale vincolo obbligatorio verso i sudditi, sia *formale* quale posizione della legge all’interno del sistema delle fonti⁴⁵. È emblematico ricordare che con le tre dichiarazioni dei diritti (1789, 1793 e 1795), la legge assunse, per la prima volta, un ruolo protagonista e divenne strumento di rinnovamento del sistema del diritto allora vigente⁴⁶.

Tuttavia, già nell’esperienza liberale, la legge non corrispondeva più all’immagine che se ne aveva tra il ‘700 e l’800: non era più ritenuta “*esaustiva di ogni esigenza di produzione normativa*”⁴⁷, poiché si stavano cominciando a potenziare altre fonti, anche esse dotate di forza di legge, ma facenti capo al Governo.

Il conferimento di sempre maggiori potestà normative all’esecutivo, fenomeno diffuso in tutta l’Europa occidentale alla fine della prima guerra mondiale, portò alla necessità, per lo Stato, di dotarsi di strumenti maggiormente flessibili rispetto alla legge⁴⁸.

Con il costituzionalismo⁴⁹, sebbene in un primo momento la legge venne concepita come la fonte per eccellenza (prova ne è il contenuto dell’art. 70 della Costituzione), tuttavia, nella Costituzione

⁴² Sorrentino riferisce proprio della “frammentazione” dell’impostazione tradizionale delle fonti del diritto, riferendo come fattori scatenanti di tale frammentazione, la creazione di diversi centri di distribuzione del pubblico potere, il fenomeno dell’internazionalizzazione e quello della globalizzazione. SORRENTINO, op.cit., 11. Di Frammentazione delle fonti riferisce anche Scuccimarra, il quale valorizza, in presenza di essa, il superamento di un modello tradizionale legicentrico, in favore di strumenti più fluidi, come gli atti di soft law che definisce *diritto gentile*. SCUCCIMARRA L., *Vedi alla voce «Costituzione». Semantiche costituzionali nell’epoca globale*, in *Giornale di storia costituzionale*, 3/II/2016, 34-35.

⁴³ Si richiama il pensiero di Sorrentino il quale afferma che “*nella giuspubblicistica tra l’otto e il Novecento si fa strada e si afferma la concezione della legge come suprema manifestazione della volontà dello Stato*” in SORRENTINO, op.cit., 2.

⁴⁴ Per una trattazione completa sull’evoluzione della legge nel tempo e sulle metamorfosi del suo significato, si rimanda a CELOTTO A., CONTE E., *La legge dalle origini alla crisi*, *Revista Brasileira de Dereito Constitucional-RBDC* n.10-jul.-dez. 2007.

⁴⁵ SORRENTINO op.cit., 2.

⁴⁶ VIOLA F., *Dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo ai Patti Internazionali. Riflessioni sulla pratica giuridica dei diritti*, in *Ragion Pratica*, 1998/11, 41-57.

⁴⁷ CARETTI P., *La crisi della legge parlamentare*, Osservatorio sulle fonti- Speciale Tavola Rotonda, fasc. 1/2010.

⁴⁸ Mortati afferma che la posizione della legge muta poiché appare più inadatta a disciplinare i rapporti per cui si sollecita l’intervento statale. MORTATI C., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964, 40. Anche CAMMEO F., *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura di Orlando V.E., vol. III, Milano, Giuffrè, 1901, 146 il quale si sofferma sul correlato e conseguente potenziamento dei poteri normativi all’esecutivo il quale, ricostruendo il principio della divisione dei poteri in una cornice assolutamente storica, teorizza come il potere normativo non può più appartenere al solo Parlamento, ma anche all’esecutivo. Prova di ciò si rinviene nella legge n. 100 del 1926 sulla potestà normativa dell’esecutivo, che segna la perdita di centralità della legge all’interno del sistema delle fonti per riacquistare essa la funzione di norma sulla produzione in grado di attribuire competenze anche all’esecutivo. MOSCARINI A., *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, 2003, Padova, Cedam, 127-129.

⁴⁹ La Costituzione repubblicana sposa l’idea della “*loi, expression de la volontà generale*” che emerge dalla generale attribuzione di potestà legislativa al Parlamento (art. 70 Cost.) e dal ricorso costante ai rinvii alla legge, dalle riserve di

“la figura della legge aveva perduto la precedente posizione di assoluta supremazia”, essendo venuto meno il tradizionale divieto della sua sottoposizione a sindacato e rivisto il suo controllo da parte di organi diversi dal Parlamento, oltre che sancita la sua rigidità⁵⁰.

La Costituzione inoltre conteneva il sindacato di legittimità costituzionale e quindi la legge veniva controllata nel suo contenuto e annullata dalla Corte costituzionale, quale organo a rilevanza costituzionale. Inoltre, all'art. 75 della Costituzione veniva disciplinato il referendum abrogativo, con cui il popolo poteva esprimersi sulla permanenza di vigore di un atto legislativo.

La Costituzione diventa così “il centro motore tra le fonti”⁵¹ e la legge viene subordinata, tenuta ad osservare il *principio di legalità c.d. costituzionale*, presidiato da un apposito giudice, dotato di un forte controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi, in cui la legge inizia ad essere intesa non più quale suprema volizione dello stato, ma quale atto giuridico soggetto ad un giudizio di validità. E' evidente che la legge non può più costituire la fonte primaria per eccellenza, essendo affiancata e sempre più sostituita dalla decretazione d'urgenza⁵², dall'altro sempre più integrata da fonti secondarie.

Si assiste al contempo ad un'altra forma di frammentazione, data dal fenomeno dei c.d. rinvii che la legge compie in favore di atti di incerta configurazione, riflesso del pluralismo istituzionale e sociale⁵³ che conduce alla creazione di “un tessuto di fonti normative più ricco che in passato”⁵⁴.

La legge non è più ritenuta “espressione unica della volontà generale e perciò della sovranità dello stato”⁵⁵ e quindi si impongono sempre di più fonti che derivavano dalla complessità dell'ordinamento stesso, ovvero dalle diverse Istituzioni. Si tratta dei decreti, dei regolamenti per l'esecuzione delle leggi, dei regolamenti delle Camere, degli statuti ed infine degli atti dei Ministeri. La legge perde la propria

legge, mediante le quali si attribuisce la disciplina di determinate materie alla sola legge, sottraendole alla disciplina di altre fonti. CELOTTO, op.cit., 136 e CARRE DE MALERG R., *La loi expression de la volonté générale*. Paris: Sirey, 1931 e PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*. Bologna, Il Mulino, 1996, 89 ss e 175.

⁵⁰ PACE A., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2002, 22, che l'autore sottolinea anche come la rigidità costituzionale ha inciso direttamente sulla superiorità gerarchica della Costituzione sulle leggi ordinarie.

⁵¹ SORRENTINO, op.cit., 4, il quale osserva come la legge cessa di essere il centro dell'universo delle fonti, ma rappresenta una delle stelle- anche se ancora la più fulgida- di una complessa costellazione, che ha il suo centro motore nella nuova carta costituzionale.

⁵² Sulla perdita da parte della legge del monopolio della primarietà tra le fonti, si richiama il pensiero di Chiaasserisce che la Costituzione “*asigna ad altri atti legislativi la medesima idoneità normativa, come tali assimilati alla legge, in ragione della forza (o valore) di legge*”, si veda CELOTTO, op.cit., 138.

⁵³ Si tratta di tutta la congerie di atti come i codici di comportamento, i codici di deontologia professionale tra cui in particolare si ricorda il codice deontologico dei giornalisti. Per una trattazione completa si rinvia a MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008, 113.

⁵⁴ Per i problemi connessi da un lato all'abbandono progressivo della legge parlamentare e la correlativa esplosione di atti governativi ed atipici, vedi per tutti, ZACCARIA R., (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legge*, Brescia, Grafo Edizioni, 2011 1 ss.; DOGLIANI M., (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, Giappichelli, 2012, 1 ss.; PIERGIGLI V., *Le regole della produzione normativa*, Torino, Giappichelli, 2012, 1 ss.; ITALIA V., *Il disordine delle leggi e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 2010, 1 ss.

⁵⁵ Nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 all'art. 6 e nelle Costituzioni francesi del 1793 (art. 4) e del 1795 (art. 6) si precisa che la sola legge è espressione della volontà generale e che “*tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o per mezzo dei loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa è uguale per tutti sia che protegga sia che punisca*”.

unitarietà nel momento in cui, con la previsione di “*nicchie di competenza riservata ad atti prodotti con procedimenti specifici, caratterizzati da contenuti vincolati oppure dotati di una forza diversa da quella tipica*”⁵⁶, essa si frammenta e si registra la proliferazione di atti di incerta natura, dichiarazioni aventi valore programmatico o dichiarativo che rinviano ad altri e successivi provvedimenti attuativi⁵⁷.

Vanno ricordati anche gli atti delle persone giuridiche pubbliche, quali i Comuni e le Province ed ancora la consuetudine⁵⁸, non espressa in un atto di volontà, ma fondata dalla condotta spontanea degli individui ed infine le fonti UE.

Pertanto è evidente che la legge da atto normativo primario per eccellenza è divenuta la fonte “*a competenza residuale*”⁵⁹, sostituita dalla molteplicità di atti che sono ad essa concorrenti ed al contempo prevalenti, come ad es. le fonti UE. Rispetto a queste ultime, vi è un vero e proprio annebbiamento del concetto di legge, poiché essa rischia di essere sottoposta ad un obbligo di motivazione, soprattutto per il controllo di ragionevolezza delle scelte legislative.

La legge quindi cambia la propria funzione, in quanto non è più solo fonte “*sulla produzione legislativa e fonte di principi*”, ma sempre più “*guida e governo di una rete complessiva di processi regolativi*”⁶⁰ e ciò in quanto essa “*resta comunque al centro del sistema delle fonti, perché è fondamentalmente rispetto ad essa che può determinarsi la posizione*” di tutte le altre fonti⁶¹.

DESTRUTTURAZIONE

Relativamente al terzo fenomeno ovvero la destrutturazione del sistema unitario delle fonti⁶², bisogna preliminarmente capire se esiste ancora un regime comune⁶³, ovvero un unico ed unitario sistema delle fonti.

⁵⁶ BIN R., *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in Scritti in onore di Lorenza Carlassare, Napoli, Jovene 2009, 7 e ss.

⁵⁷ ZACCARIA, op.cit., 16, riferisce, a questo proposito, di produzione normativa “*a cannocchiale*”, intendendo con tale espressione “*il fenomeno che vede la legge parlamentare (oppure gli stessi atti aventi forza di legge, magari delegati a propria volta dalla legge, come nel caso del decreto legislativo) demandare e rimandare parti della scelta politica ad altri atti, inevitabilmente del Governo*”.

⁵⁸ L’aumento dei vari atti che concorrono alla formazione dell’ordinamento, viene messo in luce, nel corso del tempo, da numerosi esponenti della dottrina. Si richiama ORLANDO V.E., “*Le fonti del diritto amministrativo*”, Trattato diretto da Orlando, Vol. I, Milano, 1897, 1043 e ss.; FILOMUSI-GUELFI F., “*Enciclopedia giuridica*, 7 ed., Napoli, 1917, 52 e ss.; ROMANO S., “*Corso di diritto costituzionale*”, Padova, 1927, 217 e ss.

⁵⁹ SORRENTINO, op.cit., 44.

⁶⁰ CARETTI, op.cit., 4.

⁶¹ PIZZORUSSO A., *Le fonti del diritto italiano* 1) Le fonti scritte. In: Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 1998, 89 ss.

⁶² Di destrutturazione del sistema di produzione normativa parla Serges a proposito della crisi delle fonti che sfocia nella “*disarticolazione dei modi di produzione del diritto ormai percorso da una pluralità di fonti di diversa natura non sempre armonizzate*” SERGES, op.cit., 2.

⁶³ Sull’esistenza di un unico regime comune, la dottrina appare divisa: se da una parte alcuni esponenti quali Esposito, Crisafulli e Pizzorusso hanno un approccio affermativo, diversamente Zagrebelsky ritiene che sia impossibile che esista un regime unitario idoneo a contenere tutte le fonti poiché esse sono troppo varie. ZAGREBELSKY G., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 1984, CRISAFULLI, op.cit., 8 e ss. e PIZZORUSSO, op.cit., 18.

È certo che un sistema in cui inquadrare le fonti è indispensabile per non degradare l'ordinamento ad un indecifrabile caos normativo⁶⁴.

Tuttavia è incerto il ricorso al sintagma “*sistema delle fonti*”⁶⁵, come insieme che contiene anche atti che, in sé, non presentano i caratteri tradizionali che hanno connotato le fonti del diritto fino ad ora, ovvero gli altri atti normativi.

Si tratterebbe delle fonti *extra ordinem*⁶⁶, ovvero atti “*di un nuovo diritto per vie non segnate dai canoni formali della produzione normativa*”⁶⁷, definiti *extra-ordinem* nel senso di estranei al sistema⁶⁸. Capire se sia ancora valida un'idea di sistema che comprende solo fonti legali o aperto anche a quelle *extra-ordinem*, ci consentirà di stabilire già se le norme di soft law interna (o diritto attenuato), fanno parte del sistema.

In origine si riteneva che la contrapposizione tra fonti legali e fonti *extra-ordinem* si basasse sul fatto che le sole fonti legali formavano un sistema, mentre le fonti *extra-ordinem* fossero “*un prodotto immediato del principio di effettività*”⁶⁹, sebbene, anche esso riconducibile ad una categoria unitaria, anche se non ad un vero e proprio sistema⁷⁰.

Nell'ambito della dottrina tradizionale si sono contrapposte due posizioni.

⁶⁴ Pizzorusso affermava che “*tutte le fonti che operano nell'ambito di uno stesso ordinamento formano un sistema di fonti distinto da ogni altro che sia riferibile ad un diverso ordinamento*”. Ciò oggi viene necessariamente superato dalla nuova idea di sistema in quanto non è più possibile concepire un solo sistema di fonti o di norme operante in relazione ad un solo ordinamento giuridico e il cui carattere è, per ciò solo, “*essenziale*”. PIZZORUSSO, op.cit., 14 e SANDULLI A.M., *L'attività normativa della pubblica amministrazione (origine, funzione, caratteri)*, Napoli, Jovene, 1983, 13-14.

⁶⁵ Sull'uso del sintagma “*sistema delle fonti*” si è interrogata la dottrina, Modugno, affermando che esso diviene problematico, laddove “*nuovi atti normativi (fonti comunitarie, contratti collettivi del pubblico impiego, sentenze costituzionali aggiuntive o sostitutive) vengono emergendo accanto a quelli già conosciuti non solo dall'ordinamento nella sua continuità storica, ma perfino dal costituite: essi si affermano nella realtà dell'ordinamento con efficacia, pur, volta a volta, differenziata, ma sempre, in definitiva, commisurata allo scopo che si prefiggono le forze che vi hanno dato origine*”, MODUGNO F., *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, Terza ed., 128.

⁶⁶ Sulle fonti *extra-ordinem*, si richiama ROSS A., *Theorie der Rechtsquellen*, Franz Deuticke, 1929, 314, ed anche Paladin, op.cit., 21 e 541, secondo il quale “*mentre le fonti legali formano un sistema, le fonti extra-ordinem non sono previste da disposizioni o norme, ma rappresentano un prodotto immediato del principio di effettività*”.

⁶⁷ PALADIN, op.cit., 15.

⁶⁸ MODUGNO F., *E' possibile parlare ancora*, op.cit., 3 e ss.

⁶⁹ È MENEGHELLI R., in *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, Cedam, 1975, che asserisce come “*singole norme possono derivare la loro efficacia dal principio di effettività*” il quale, secondo Pizzorusso, “*rappresenta il fondamento di tutto il sistema di norme sulla produzione giuridica e pertanto l'unico su cui si può basare il funzionamento*”. PIZZORUSSO, op.cit., 20-21. Quindi, è di efficacia legittimante dei fatti normativi (privi del carattere di fonte legale) che riferisce Crisafulli e su cui si fonda la distinzione delle fonti in due categorie: la prima prende il nome di fonti legali che danno luogo alla creazione del diritto teorico e la seconda delle c.d. fonti *extra-ordinem* che si insinuano “*tra il diritto teorico ed il diritto vivente*”. Sulle fonti *extra-ordinem* nella loro distinzione dalle fonti legali, SANDULLI A.M., voce *Fonti del diritto*, op.cit., che ritiene che le fonti *extra-ordinem* possano essere convaldate solo a posteriori; CRISAFULLI, op.cit., 932-933 ed anche CRISAFULLI lezioni, op.cit., 1-2, 145-147; BARILE P., CHELI E., GRASSI S., *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, 1972 ed infine LAVAGNA, op.cit., 160 che le ritiene invece come vere e proprie fonti atipiche. Ancora Pizzorusso, precisa che le fonti *extra-ordinem* rappresentano “*un prodotto immediato del principio secondo il quale, mentre nell'ambito del sistema delle fonti opera una norma fondamentale del sistema stesso, in casi di questo genere, direttamente come una norma sulla produzione giuridica applicata a singoli fatti normativi, la cui azione determina l'introduzione nell'ordinamento di norme derogatorie rispetto a quelle che deriverebbero dalle fonti legali e che nondimeno in un modo o nell'altro dovrebbero coesistere con esse*”, Pizzorusso, op.cit., delle fonti, op.cit., 541.

⁷⁰ CRISAFULLI, op.cit., 541.

Da un lato, quella di Sandulli secondo cui “*vanno considerati come fonti del diritto soltanto i fatti e gli atti... ai quali l'ordinamento collega la nascita di precetti operanti nei confronti di tutti i possibili soggetti che si trovino nelle condizioni in essi ipotizzate (e per ciò meritevoli di essere considerati precetti generali) e, a un tempo, in relazione a tutti i possibili casi che si determinino durante il periodo di loro vigenza (e perciò meritevoli di essere considerati precetti astratti)*”⁷¹ ed inoltre “*la Costituzione non esclude che venga attribuita identica forza ad altri atti giuridici, perché nella Costituzione non esiste alcuna disposizione la quale limiti il potere della legge in ordine alla determinazione della forza giuridica di fonti secondarie*”⁷².

Secondo altri esponenti della dottrina⁷³, il sistema delle fonti primarie non può che essere chiuso, dato che solo le norme primarie hanno forza e valore di legge.

Il principale problema riguarda l'esistenza del sistema⁷⁴ e la sua legittimazione sia rispetto alle fonti primarie, inquadrabili in tipi normativi, sia a quelle c.d. secondarie (e c.d. terziarie⁷⁵), che, come già detto, sono ormai sempre più atipiche ed anomale, soprattutto nello spazio lasciato libero dalla partecipazione dello Stato alla direzione politica dell'economia e delle imprese.

Ciò perché i contorni delle fonti⁷⁶ risultano sempre più vaghi ed indistinti, influenzati dall'ingresso dall'esterno di norme provenienti da altri ordinamenti in particolare da quello sovranazionale⁷⁷ ed anche dall'ingresso di una serie di atti e strumenti normativi⁷⁸ che stanno mettendo in discussione proprio le fondamenta del sistema stesso.

⁷¹ SANDULLI, op.cit., 525.

⁷² SANDULLI op.cit., 530.

⁷³ Sia Zagrebelsky sia Paladin sia Sorrentino ritengono che il sistema delle fonti, quantomeno primarie, debba essere chiuso laddove “*la forza e/o il valore di legge è attribuito solo agli atti primari?*”. SORRENTINO, op.cit., 185.

⁷⁴ La nozione di sistema ha una derivazione antica, avendo origine nel pensiero filosofico degli antichi, quale rappresentazione e riproduzione della totalità del reale inteso come organismo. Species del sistema in generale, è il sistema giuridico e viene definito proprio come “*sistema della scienza giuridica?*”. Per una trattazione completa sull'evoluzione del concetto di sistema giuridico, si rimanda a MENGONI L., MODUGNO F., RIMOLI F., *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁷⁵ Secondo una parte degli interpreti, Mazzamuto e Morbidelli in particolare, le linee guida non sono fonti secondarie, bensì terziarie. Sia per le fonti c.d. secondarie sia per quelle c.d. terziarie, si tratta di atti che derivano dal rafforzamento di organi para-costituzionali come le Autorità Indipendenti e dalla valorizzazione della negoziazione politica e normativa in cui l'attitudine autoritaria e dirigitica dello Stato è stata fortemente temperata a causa della scelta di metodi più consensuali e partecipati della produzione normativa, come avviene anche rispetto a moltissimi atti di soft law.

⁷⁶ La scelta del termine fonte deriva dal fatto che si presume che l'idoneità dei documenti e dei comportamenti alla produzione di norme e regole e quindi del diritto, sia “*un'idoneità continua ed inesauribile?*”. Per questo appare funzionale la metafora della fonte. Sul punto si richiama la trattazione di MODUGNO in “*Fonti del diritto e sistema normativo?*”, Relazione tenuta al Seminario metodologico sulle fonti del diritto, Università degli Studi di Ferrara, 25 giugno 2009, disponibile su www.robertobin.it. Bin afferma che è la metafora della fonte quella che meglio spiega cosa sia il diritto. Sul punto si veda BIN R., “*Il sistema delle fonti?*” in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, Jovene, 27 ss., 1.

⁷⁷ Infatti, le fonti provenienti da altri ordinamenti concorrono a formare il diritto positivo poiché vengono richiamate e riconosciute da determinate norme interne. PALADIN, op.cit., 74 e poi 414.

⁷⁸ Si fa riferimento, a mero titolo esemplificativo ai codici di condotta e di comportamento, alle linee guida, alle best practice.

Pertanto nell'ambito della dottrina, sorge il dubbio se si possa ancora parlare di sistema, se di sistema delle sole fonti primarie e se ciò sia ancora compatibile con la nuova realtà normativa⁷⁹.

Per sistema⁸⁰ si intende la rappresentazione e la riproduzione della totalità del reale e, per sistema delle fonti, la rappresentazione e riproduzione della loro totalità. Già Aristotele faceva riferimento ad un'organizzazione sistematica di tutte le scienze nel complesso dello scibile e successivamente il sistema venne, con Kant, caratterizzato dalla coerenza interna e logica. Con le trattazioni istituzionali di Gaio e di Giustiniano⁸¹ si iniziò a riferire di un vero sistema delle fonti e con il Digesto si intravide, seppur ancora embrionalmente, un sistema formato dai principali tipi di diritto (il diritto consuetudinario, il diritto legislativo, il diritto giurisprudenziale).

Pertanto in origine era inconcepibile un sistema non unico e non unitario⁸². Infatti, fin dall'antichità⁸³, all'epoca delle grandi scoperte geografiche dei secoli XV e XVI, era accolta l'idea dell'unità del diritto, cioè dell'esistenza di un unico sistema di norme valide per tutti gli uomini, autosufficiente in cui le relazioni politico-sociali formalmente e stabilmente organizzato, lo rendevano un sistema chiuso, non ammettendosi eventi normativi *extra ordinem* che distruggessero l'ordine esistente. Si fa risalire all'epoca dei trattati di Westfalia la svolta con cui si realizzò la presa coscienza della reciproca titolarità di poteri sovrani, sui territori dei loro regni e sugli abitanti di essi, i sudditi, da parte dei vari Monarchi, fondandosi in tal modo le basi del diritto internazionale, concepito come un ordinamento giuridico distinto da quelli degli Stati, ma collegato ad essi per il fatto che solo gli Stati (ma non gli individui) potevano essere titolari dei diritti e degli obblighi da esso derivanti. Questa svolta ebbe come conseguenza la necessaria e sostanziale rinuncia all'unità del diritto⁸⁴ e la progressiva trasformazione dei sistemi delle fonti del diritto.

⁷⁹ Come noto, Crisafulli riferiva di un sistema chiuso a livello costituzionale e primario e di un sistema aperto per i rapporti tra legge e regolamento, confermando quindi l'esistenza di più sistemi che dialogano tra loro. CRISAFULLI, op.cit., 126.

⁸⁰ Relativamente ad una disamina completa in tema di sistema, si rinvia a MENGONI, MODUGNO, RIMOLI, op.cit., 4 e ss.

⁸¹ *Gai, Inst.*, I, 1-7; *Iustiniani Inst.*, II, 1-12.

⁸² Nell'impostazione classica, il sistema viene qualificato secondo indici di unità, autosufficienza e armonia o coerenza. Si veda sul punto, MANGIAMELI S., *Ordinamento giuridico*, in AAVV, *Diritto Costituzionale*, a cura dello stesso M., Milano, 2008, 97 e 110 ss.

⁸³ Già gli antichi romani concepirono uno *jus gentium*, comune anche ai peregrini, cioè agli stranieri, (diverso dallo *jus civile*), valido soltanto per i cittadini, e l'evoluzione dell'idea del diritto naturale, specialmente durante il Medioevo, si fondò su medesimi presupposti. Rispetto ad oggi, l'idea dell'unità del diritto era relativa, ma fu capace di influenzare le vicende di carattere politico che si verificarono allora, ad esempio, per quanto riguarda la concezione del potere imperiale. DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998; CHEVALLIER J., *La mondialisation de l'état de droit*, in Mélanges Philippe Ardant, Paris, 1999, 325 ss.; MORAND A., (a cura di), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001; GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005; PONTHOUREAU M., *Trois interprétations de la globalisation juridique*, in AJDA, 2006, 20 ss.

⁸⁴ Mentre infatti, fin dall'epoca tardo-medievale e rinascimentale, in assenza di strutture come lo Stato moderno, l'idea dell'unità del diritto era generalmente accettata, quanto meno come ordinamento della *Respublica christiana*, nonostante le difficoltà derivanti dall'aumento delle fonti tra cui si richiamano ad es. *i responsa prudentium*, desunti dal *Corpus juris* dopo il suo recupero, ovvero le consuetudini, dagli editti, le ordinanze e altri provvedimenti, i principi, i precetti del diritto canonico, ecc.. Con l'organizzazione dello Stato moderno, e soprattutto dopo la sua tendenziale identificazione all'interno del concetto di Nazione, ciascun ordinamento riconobbe, a se stesso, il potere esclusivo di determinare le

Tuttavia, come si preciserà meglio nel prosieguo, con la nascita degli ordinamenti modernamente intesi, non più ristretti nei loro rispettivi ambiti, ma integrati con le fonti di altri ordinamenti, appare, secondo la dottrina “*un fatto dovuto alla evoluzione dei modi in cui si è manifestata la produzione normativa nel corso della storia moderna e contemporanea, sia per riconoscimento da parte degli altri ordinamenti statali, sia per l’affermarsi di altri centri di regolazione dei comportamenti umani, nell’epoca della c.d. globalizzazione*”⁸⁵.

Tuttavia, la crisi del sistema non fu immediata, poiché nel periodo pre-Repubblicano, con lo Statuto Albertino, il sistema era unitario e ruotava intorno alla forza di legge formale che, da un lato abrogava le fonti subordinate e precedenti (qualora incompatibili) e dall’altro resisteva all’abrogazione da parte di regolamenti e consuetudini. Quindi lo Statuto Albertino si limitava a istituire e regolare le fonti atto, le leggi a loro volta disponevano degli atti subordinati e i regolamenti non erano derogabili dai provvedimenti amministrativi. Si trattava quindi di un sistema di stampo kelseniano⁸⁶, ovvero un sistema basato sull’unità di una pluralità di norme, la cui validità era ricondotta ad un’unica norma (*Grundnorm*) posta a fondamento. La norma fondamentale si imponeva come regola di produzione delle norme giuridiche, la cui formazione avveniva nel rispetto della *Grundnorm*. Tale sistema tuttavia mostrava un primissimo limite nel fatto che non considerava le forme di produzione del diritto che si originavano *extra-ordinem*, ossia quelle che la dottrina ha definito “*le più rilevanti dell’esperienza costituzionale perché ne dimostrano la vitalità*”⁸⁷.

Non solo, ma tale impostazione venne messa in discussione quando emerse che lo Statuto non poteva continuare ad avere preminenza sulle leggi comuni (come con l’avvento di atti governativi con forza di legge, decreti legislativi di prerogativa regia; delegazioni legislative che derogavano allo Statuto stesso ed infine con i decreti istitutivi dello stato d’assedio e alcuni decreti legge adottati dal Governo). Nonostante ciò il sistema continuava a funzionare grazie alla centralità mantenuta dalla legge formale che veniva ancora concepita come la fonte primaria in assoluto e all’applicazione rigida del criterio gerarchico che orientava il funzionamento del sistema.

Con l’avvento della Costituzione Repubblicana, il sistema delle fonti legali fino a qui richiamato, venne alterato, nel senso che non poteva essere più inteso quale sistema chiuso, perché variegato e multiformi erano diventate le tipologie di atti, non più riconducibili al quadro fissato dalle preleggi ed inoltre si imponevano nuovi atti normativi come la Costituzione, le leggi Costituzionali, i

proprie fonti e queste pertanto si vennero progressivamente concentrando nella legge dello Stato, soprattutto dopo che, con l’avvento dei principi del costituzionalismo, la sovranità fu trasferita dal monarca al popolo e la legge poté essere concepita come “*expression de la volonté générale*”. Per approfondimenti, si veda la trattazione di PIZZORUSSO A., *La problematica delle fonti del diritto all’inizio del XXI secolo*, in Foro It., Vol. 130, n.2, 2007.

⁸⁵ MODUGNO, *Fonti del diritto*, op.cit., 201.

⁸⁶ KELSEN H., “*lineamenti di dottrina pura del diritto*”, 1933, 95 e ss.

⁸⁷ ZAGREBELSKY, op.cit., 26.

referendum abrogativi, le leggi regionali e successivamente gli atti di diritto derivato provenienti dall'Europa, le consuetudini internazionali contemplate dall'art. 10 della Costituzione.

La crisi del concetto di sistema è stata quindi condizionata fortemente dalla Costituzione. In essa infatti, viene proposto un modello c.d. plurale di fonti il quale rappresenta quella che una parte della dottrina⁸⁸, definisce una rivoluzione copernicana in cui *“la legge cessa di essere il centro dell'universo delle fonti, ma rappresenta una delle stelle, anche se ancora la più fulgida, di una complessa costellazione che ha il suo centro motore nella nuova carta costituzionale”*.

Non solo, ma è anche la stessa Costituzione rigida, che si pone al di sopra della legge, generando relazioni tra diversi atti normativi rispetto al normale rapporto di gerarchia.

Inoltre, l'elencazione delle fonti contenuta nelle disp. Prel. c.c., non risultava più rispondente alla realtà, essendo essa anteriore rispetto all'ordinamento costituzionale e priva di forza costituzionale (essendo contenuta in un testo, come il codice civile cui le fonti accedono, con decreto legislativo, dietro legge di delegazione).

Pertanto si deve ritenere che il sistema sia sempre più inteso come *“la convenzionale rappresentazione degli oggetti di una scienza”*⁸⁹ e il sistema delle fonti sembra rientrare in tale tipologia, poiché esso funge da strumento di determinazione di un ordine delle norme in ragione della loro derivazione (validità) più che della coerenza dei contenuti.

Nell'evoluzione del concetto di sistema, gli interpreti ne hanno evidenziato il carattere sempre più *“dinamico”*, soggetto a mutamenti, avendo esso la capacità di produrre, indefinitamente, in modo *“continuo ed inesauribile”*⁹⁰ norme giuridiche ed al contempo assorbire quelle provenienti dall'esterno⁹¹.

Pertanto, tale sistema è stato qualificato come *“l'insieme o il complesso di norme o regole sulla produzione delle norme o regole che insieme costituiscono un ordinamento normativo”*⁹², come un sistema di *“regole su regole”* o *“un sistema di meta regole o metanorme”*⁹³.

Rispetto all'idea di definirlo *“un sistema di meta regole e metanorme”* intese come norme proprie di un certo ordinamento, la dottrina⁹⁴, esaltando l'idea che il sistema si può comporre di regole e norme diverse, si è spinta più avanti, asserendo che saranno possibili tanti sistemi delle fonti e delle regole sulla produzione delle norme quanti sono gli ordinamenti giuridici possibili.

⁸⁸ SORRENTINO, op.cit.

⁸⁹ Si richiama la distinzione, formulata dalla scienza giuridica Occidentale che distingue due tipologie di sistema rispetto a cui è la seconda, quella di c.d. sistema esterno, che qui ci interessa. Esempi di sistema esterno sono, il sistema delle Dodici Tavole, dello jus civile muciano, il sistema editale, l'ordinamento legale giustiniano.

⁹⁰ MODUGNO, op.cit. 199

⁹¹ CARLASSARE, op.cit. 536

⁹² MODUGNO, op.cit. 3.

⁹³ MODUGNO, op.cit. 3.

⁹⁴ MODUGNO, op.cit. 3.

Infatti, secondo una parte della dottrina si assiste proprio al passaggio da un “*sistema delle fonti*”⁹⁵ a un “*sistema degli ordinamenti*”⁹⁶, nel senso che accanto al nostro ordinamento si sono imposti altri ordinamenti dando vita ad una pluralità di ordinamenti aventi competenze normative interconnesse creando una *c.d. rete di ordinamenti* collegati tra loro e con l’ordinamento statale da diversi raccordi e quindi per ciascun ordinamento vi è poi un sistema che risulterà da più atti normativi che quindi possono essere tanto primari quanto secondari, connessi a quelli degli altri ordinamenti.⁹⁷

Si inizia così a ragionare di sistemi integrati in senso moderno, ovvero sistemi di fonti degli stati moderni e sistemi degli altri ordinamenti⁹⁸ (quali quello internazionale e poi successivamente quello Europeo, considerando anche quello della Chiesa Cattolica e di altre confessioni religiose; gli ordinamenti degli enti pubblici territoriali e funzionali).

Quindi, se è vero che vi sono più sistemi che interagiscono tra loro⁹⁹, in cui ci sono fonti (primarie e secondarie) che producono una molteplicità di norme, allora è evidente come ormai è sempre più difficile condividere l’antica idea di un solo sistema ordinato, coerente e completo.

Infatti, non è più attuale l’idea di un sistema ordinato¹⁰⁰ ed unitario quale insieme delle regole¹⁰¹, ma prevale quella di diversi sottosistemi che tra loro dialogano. Sul punto è interessante richiamare le osservazioni di una parte della dottrina, secondo cui l’articolazione del sistema in sottosistemi

⁹⁵ Inteso come “*l’insieme delle fonti del diritto in un determinato ordinamento positivo organizzate secondo un certo ordine tale per cui la pluralità delle fonti costituisce un insieme ordinato, appunto il sistema*”. Tale sistema implica che le fonti in esso contenute siano individuabili secondo esistenza, efficacia e validità: se una norma non è esistente non è fonte e quindi la prescrizione in essa contenuta non è norma giuridica nel senso che non appartiene all’ordinamento. MODUGNO, op.cit., 198.

⁹⁶ Ciò consente di ammettere l’esistenza di molteplici fatti ed atti normativi poiché è evidente che le fonti non sono una sola, ma al di fuori dell’art. 1 delle Preleggi, sono molteplici e variegate. MODUGNO, op.cit., 199.

⁹⁷ Tale teorizzazione si deve a Pizzorusso in PIZZORUSSO A., *Le fonti scritte* in (a cura di), Trattato di diritto civile. Le fonti del diritto italiano, I, Torino, Utet, 1998, 173 ss e anche PIZZORUSSO A., *Sistematica giuridica e sistema delle fonti del diritto*, in studi in onore Carlassare, op.cit., 121 e ss.

⁹⁸ Come affermato dalla dottrina, Pizzorusso “*quello che però è ormai assolutamente necessario è che si tenga conto che ciascun ordinamento giuridico statale non può più essere considerato come una monade isolabile da ogni altra entità di questo tipo*” PIZZORUSSO A., “*La produzione normativa in tempi di globalizzazione*”, Torino, Giappichelli, 2008, 15-16.

⁹⁹ Per la definizione dei rapporti tra fonti dei diversi sistemi e quindi per la positiva esistenza di più sistemi, si veda specificamente PINNA P., *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Torino, Giappichelli, 2007, spec. 117 ss. ma espressioni analoghe, implicanti l’esistenza di più sistemi delle fonti interagenti, si trovano in RUGGERI A., *Le fonti del diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Torino, Giappichelli, 2001, che pure rielabora un lessico di ascendenza luhmanniana. Sul punto, LUHMANN N., *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin 1965, trad. it. [a cura di G. Palombella – L. Pannarale] *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, Laterza, 2002.

¹⁰⁰ Secondo l’impostazione tradizionale, Crisafulli, si tratterebbe di un sistema chiuso a livello primario, che consentirebbe di garantire, almeno le fonti primarie dal caos che ha ormai permeato il sistema delle fonti. CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, 126.

¹⁰¹ Infatti, con la perdita di consistenza del sistema delle norme, si è messo in discussione il rapporto tra il sistema delle fonti ed il sistema delle norme. Come noto, i due sistemi sono su un piano logico-linguistico diverso, pur essendo i due sistemi “*funzionalmente collegati ed interdipendenti*”, laddove il sistema delle fonti costituisce la condizione di esistenza del sistema delle norme. Quindi nel momento in cui il sistema delle fonti ha perso la propria consistenza di sistema, non è più un sistema condizionante il sistema delle norme. Prima infatti vi era un collegamento logico di presupposizione tra il sistema delle fonti e il sistema delle norme. Il sistema delle fonti infatti era condizionante rispetto al sistema delle norme: le norme in quanto elementi di quest’ultimo in quanto prodotte dalle fonti già ordinate in sistema. Il venir meno del concetto di sistema, ha fatto venir meno anche tale rapporto di presupposizione. Sul punto si richiama MODUGNO, op.cit. 2.

non equivale a negare il sistema: anzi, è una sfumatura diversa di concepire un nuovo concetto di unità che si rinnova e muta mediante la valorizzazione delle risorse dell'ordinamento pluralista¹⁰².

Si tratta di una rappresentazione realistica dell'attuale configurazione delle fonti legate “a grappolo”¹⁰³, in cui si realizzano le congiunzioni tra i loro diversi livelli mediante l'incontro di quelle apicali o mediante diversi atti normativi che creano catene sia orizzontali sia verticali.

La destrutturazione del sistema risente di due fattori ulteriori.

Il primo riguarda la molteplicità delle nuove fonti che si sta imponendo nell'ordinamento sia interno sia internazionale sia euro-unitario che aggiunge nuovi e diversi interrogativi soprattutto in relazione al rapporto di dipendenza della Costituzione dai documenti normativi confezionati a livello Europeo¹⁰⁴, rendendo con ciò, il sistema sempre meno stabile¹⁰⁵ e sempre più in movimento.

Il secondo riguarda l'evoluzione della nozione stessa di fonte del diritto. Infatti, la moltiplicazione della normazione atipica secondaria pone il problema della mancanza di una norma sulla produzione giuridica che ne legittimi con certezza l'appartenenza al sistema¹⁰⁶ o ai sistemi o che addirittura ne consenta l'ingresso nell'ordinamento in quanto si tratta di nuovi modi della normazione basati su principi diversi rispetto a quelli che hanno orientato il sistema tradizionale, ovvero i principi di partecipazione, apertura ed inclusione che quindi valorizzano una regolamentazione ed una normazione negoziata ed atipica¹⁰⁷.

Pertanto, alla luce di quanto evidenziato, ormai è propria della maggior parte degli interpreti l'idea di dubitare dell'esistenza di un vero e proprio sistema in senso classico poiché quello attuale è aperto e sfaccettato in più sottosistemi integrati in cui le regole sull'individuazione delle fonti sono prodotte da fonti esterne al sistema e per questo esso non può proprio ritenersi chiuso¹⁰⁸.

Tuttavia, come teorizzato da una parte della dottrina, Carlassare, l'avvento di nuovi atti normativi e quindi la convivenza con un diverso assetto normativo, non significa “*mettere in causa le costruzioni teoriche generali così perfette da rendere difficile persino riproporne l'essenza, che non richiedono rielaborazioni e fanno*”

¹⁰² RUGGERI A., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?* Relazione al Convegno su *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, Università degli Studi di Roma Tre 27-28 novembre 2008.

¹⁰³ RUGGERI A., *Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione “multilivello” del sistema delle fonti*, Relazione al Convegno su *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati: ‘nuove’ frontiere per ‘nuovi’ diritti* Cosenza 19 ottobre 2007 in www.forumcostituzionale.it

¹⁰⁴ Si richiama il pensiero di RUGGERI, op.cit., 6, il quale afferma appunto che la sovranità della Costituzione è stata messa in discussione dal fatto che “*gli stessi enunciati maggiormente espressivi dell'identità costituzionale richiedono di attingere in corposa misura ed in modo incessante ai documenti normativi confezionati in seno alla Comunità internazionale e all'Unione europea.*”

¹⁰⁵ È anche la stabilità della gerarchia che non sembra idonea a render conto dell'avvento delle fonti esterne che secondo la dottrina “*erode l'ordine gerarchico*”. PASTORE, op.cit., 17.

¹⁰⁶ Sul punto si richiama il pensiero di MODUGNO F., “*fonti del diritto: I) Diritto costituzionale,*” in *Enc. Giur.*, XIV, 1989, 2 ss.

¹⁰⁷ MENGONI, MODUGNO, RIMOLI, op.cit., 196 e ss.

¹⁰⁸ Infatti, “*una serie di rapporti sono ormai di fatto regolati da sistemi normativi esterni?*” MENGONI, MODUGNO, RIMOLI, op.cit., 196.

quasi da premessa al tema. Da esse, anzi ogni indagine deve partire per tentare la comprensione e la sistemazione del “nuovo” cercando di discernere la parte stabile da quella in movimento”¹⁰⁹.

In altre parole, nel pluralismo delle fonti, i principi devono mantenere, ancora di più che in passato, il ruolo ordinante e unificante¹¹⁰. Essi costituiscono l’unico mezzo per “*navigare nell’arcipelago giuridico*”¹¹¹, orientandosi tra i numerosi plessi normativi, poiché riescono a ricondurre tutte le fonti, anche quelle atipiche, ad una *ratio* unitaria sottesa a tale magma normativo¹¹².

Per ovviare alla crisi e alle crisi che hanno investito il tema delle fonti, il sistema pre-costituzionale non andrebbe messo da parte, ma ne andrebbero utilizzate le basi¹¹³ come fondamento per accogliere i nuovi atti normativi e consentire che essi dialoghino tra loro superando antinomie e contrasti¹¹⁴, accettando come parte ormai integrante del sistema (e dei sistemi), i moduli negoziati e la riduzione drastica degli spazi affidati alla normazione istituzionale, acconsentendo al fatto che ormai siamo dinnanzi alla revisione sostanziale del concetto stesso di fonte normativa¹¹⁵, sempre più secondaria e sempre meno primaria.

Inoltre, concepire il sistema come classicamente chiuso,¹¹⁶ significa non guardare il nuovo rapporto tra i diversi tipi di fonti nella loro successione temporale. Infatti ormai i principi di sopra-sotto-ordinazione, di riserva di competenza, di contenuto della norma così come i classici criteri di risoluzione delle antinomie, ovvero i criteri gerarchico, della competenza, cronologico e di specialità, non sembrano più risolutivi delle problematiche che si pongono concretamente nell’ordinamento. Pertanto un sistema, con confini inviolabili e netti che ricomprende, in modo

¹⁰⁹ CARLASSARE, op.cit. 537

¹¹⁰ Quanto detto rileva, poiché siamo al cospetto di una Costituzione pluralista, fatta di principi che vanno ritenuti quali punti di partenza per generare nuove norme (la c.d. *dimensione nomogenetica dei principi*). Sul ruolo dei principi in Costituzione si rimanda a MODUGNO, op.cit., 213.

¹¹¹ PASTORE, op.cit., 41.

¹¹² BARTOLE S., *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in Enciclopedia del diritto, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986 524 e

¹¹³ In un’ottica resiliente, ovvero adattando al presente le strutture e i principi universali che possono continuare a funzionare da struttura portante. Sulla capacità, in senso critico, del sistema ad essere “resiliente” FERRARESE M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Bologna, Il Mulino, 2002, 5.

¹¹⁴ In tal senso infatti, negli anni 40 e 50 del 1900, per cercare di rispondere alle nuove esigenze connesse alla varietà di nuove fonti normative, gli interpreti hanno tentato di fondare i rapporti tra le norme sui criteri fino ad ora imperanti, prima ricorrendo al criterio della gerarchia e della parità reciproca e poi anche al criterio della competenza. PALADIN, op.cit., 82 e ss.

¹¹⁵ Rispetto a questa impostazione è opportuno richiamare le parole di Calamandrei che invitano ad adeguarsi alle evoluzioni-involuzioni anche e soprattutto per comprendere e sistemare “il nuovo”: CALAMANDREI P., *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in Opere giuridiche, I, Napoli, 1965, pp. 598 ss, cit., p. 599, dove si afferma testualmente: «Il diritto non declina: il diritto si adegua. Nella storia della civiltà umana si avvicendano periodi di lenta evoluzione, che possono sembrare di stasi, a periodi di precipitose trasformazioni sociali; e solo nei primi può sembrare che imperi il diritto, perché in quel ristagno sociale le concezioni giuridiche sono limpide e taglienti: mentre nei periodi di rapido trapasso la certezza del diritto si appanna e i dogmi appaiono come sfocati da una vibrazione che ne annebbia i contorni. Ma questa incertezza può essere preludio di rinascita (...)».

¹¹⁶ Nell’impostazione classica, il sistema viene qualificato secondo indici di unità, autosufficienza e armonia o coerenza. Si veda sul punto, MANGIAMELI S., *Ordinamento giuridico*, in AAVV, *Diritto Costituzionale*, a cura dello stesso M., Giuffrè, Milano, 2008, 97 e 110 ss.

ordinato e coerente, tutte le fonti, come era il sistema nel periodo statutario- fascista, oggi non è pensabile¹¹⁷.

DELOCALIZZAZIONE

Infine il quarto ed ultimo fenomeno di crisi delle fonti è dato dalla loro delocalizzazione che ormai, a causa dei confini “*sempre più mobili*”¹¹⁸, vanno nelle più diverse direzioni.

Si individuano tre direzioni principali: la prima, secondo cui le fonti sono prodotte sempre più al livello locale e regionale, la seconda che registra il ruolo sempre più dominante, nel nostro ordinamento, delle fonti europee¹¹⁹ e la terza che vede la nascita di centri di produzione normativa diversi da quelli previsti in Costituzione¹²⁰.

Negli ultimi anni, per effetto di “*spinte disgregatrici nazionali ed internazionali*”¹²¹ è venuto a mancare il modello di Stato come ordinamento politico dominante. Ciò ha posto le basi per una crisi dello Stato e quindi anche delle fonti o meglio, come la dottrina¹²² precisa, del modello ricevuto di fonte del diritto.

Si segnala, al riguardo, il ruolo sempre più preponderante delle fonti provenienti dalle Regioni e dalle Autonomie Locali, soprattutto dopo la riforma del Titolo V della Costituzione¹²³.

Secondo la dottrina, ciò trova la propria *ratio* nell'intento di dotare il governo locale di autonomia, conferendogli un potere normativo che operi sullo stesso livello della legge formale ordinaria¹²⁴. In tal modo la delocalizzazione porta alla creazione di un “*legislatore totalmente indipendente*”¹²⁵ e potenzialmente divergente con il Parlamento, con tutte le conseguenze che ciò comporta, prima fra tutte il riflesso, sul sistema delle fonti, dei rapporti tra le fonti primarie statali e la legge regionale.

¹¹⁷ Questa la visione di Modugno che viene richiamata da Bin, secondo la quale il sistema va considerato nelle sue continue mutazioni. BIN, op.cit., 3.

¹¹⁸ MORRONE A., *Fonti normative*, Bologna, Il Mulino, 2018, 72

¹¹⁹ Sul punto viene precisato proprio che “*i procedimenti di formazione normativa si collocano fuori dall'ambito nazionale*”. SORRENTINO, op.cit., 13

¹²⁰ Pastore individua questa terza direzione verso cui si spinge la produzione normativa. PASTORE, op.cit., 118

¹²¹ SORRENTINO, op.cit., 3.

¹²² SORRENTINO, op.cit., 3.

¹²³ Per un approfondimento sulle questioni legate alle fonti regionali e alla riforma del titolo V, si veda CAVALIERI P., *L'evoluzione dello Stato regionale in Italia: lezioni di diritto regionale*, Padova, Cedam, 1997; AA.VV., *Regione e governo locale fra decentramento istituzionale e riforme: esperienze e culture a confronto*, Firenze, Maggioli, 1997; PALADIN L., *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 2000; RUGGERI A., *Le fonti di diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Torino, Giappichelli, 2001; PAOLETTI A., *Leggi-cornice e Regioni: crisi di un modello*, Milano, Giuffrè, 2001; ROLLA G., *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2002; MARTINES T., *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2002; CAVALIERI P., *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 2003; AA. VV., *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2003; TESSARO T., *Manuale di diritto regionale: natura, ruoli, funzioni di Regioni, Province, Comuni: aggiornato con legge 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. Legge La Loggia)*, Firenze, Maggioli, 2004.

¹²⁴ BIN R., PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, 2009, 13.

¹²⁵ BIN E PITRUZZELLA, op.cit., 14.

Infatti, dotando le regioni di un potere normativo si è infranta la competenza generale della legge statale¹²⁶ e il fenomeno della delocalizzazione ha condotto alla necessaria revisione del rapporto tra legislatore nazionale e legislatori locali¹²⁷ e quindi ai rapporti tra le fonti primarie statali e la legge regionale, rapporti orientati al criterio della competenza, maggiormente idoneo a garantire l'esercizio del potere legislativo all'interno di un ordinamento dotato di un maggior numero di centri di legislazione come appunto il nostro.

Infatti, con la ridefinizione delle materie di competenza esclusiva, concorrente e residuale, accanto all'individuazione, all'art. 117 comma 6 Cost., della potestà regolamentare in capo agli enti locali in ordine alla disciplina della loro organizzazione e delle loro funzioni, viene messa in discussione la visione monolitica delle fonti che vedeva al centro la legge e un'unica amministrazione pubblica centrale.

Risulta evidente che il confine tra la competenza legislativa statale e quella regionale è sempre più mobile in un processo evolutivo in cui i protagonisti saranno prevalentemente le forze politiche centrali e quelle locali¹²⁸.

Correlativamente, con il rovesciamento del criterio di enumerazione delle materie prima vigente, la legge regionale diventa quella che, in via di fatto, ha competenza generale (o precisamente *residuale*)¹²⁹.

¹²⁶ BIN R., *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, 2009 in www.robertobin.it.

¹²⁷ Al fine di sistemare le fonti di un ordinamento come quello regionale, dotato cioè di più centri di legislazione ordinaria, viene introdotto il criterio della competenza, essendo chiara l'impossibilità di affidarsi al solo criterio gerarchico: tuttavia, anche il criterio della competenza sembra atteggiarsi in modo assai diverso da come avrebbe dovuto, poiché secondo la dottrina, le leggi dello Stato “*ignorano il loro limite di competenza e si occupano dell'intera disciplina della materia considerata, superando una reale distinzione tra principi e dettagli*”. Sul punto si richiama Bin, op.cit., 10 e MODUGNO F., *Fonti cit.*, 4. Sui diversi sviluppi teorici del criterio della competenza, cfr. NICCOLAI S., *Delegificazione e principio di competenza*, Padova, Cedam, 2001, 70 ss. Inoltre si richiama anche Crisafulli, che aveva contribuito al tentativo di introdurre il criterio della competenza come nuovo criterio di soluzione delle antinomie che, aggiungendosi ai due criteri precedenti, può concorrere a ordinare il “sistema delle fonti” così come emergere dalla Costituzione (*Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1960, 775 ss.), riconosce, alla fine, che quella teoria non regge alla prova dei fatti, perché all'idea della separazione delle competenze tra legge statale e legge regionale si sia sostituita una (quasi) completa concorrenza, mitigata da un principio di preferenza per la legge regionale di dettaglio (*Vicende della “questione regionale”*, in Le Regioni 1982, 495, 502-507).

¹²⁸ SORRENTINO, op.cit., 2552

¹²⁹ SORRENTINO, op.cit., 5.

La seconda spinta verso la delocalizzazione riguarda l'irrompere nell'ordinamento interno prima delle norme internazionali di origine pattizia¹³⁰ e poi delle fonti europee¹³¹.

Infatti, la pluralità delle fonti che caratterizza la realtà giuridica contemporanea ha indebolito l'esclusività dell'ordinamento statale¹³², da sempre concepito come necessariamente ordinato e concluso¹³³.

Come noto, la Corte costituzionale con sent. n. 14 del 1964¹³⁴ ha sancito che il rapporto tra fonti interne ed europee è retto dall'art. 11 Cost. e dalle limitazioni di sovranità in esso previste. La successiva giurisprudenza costituzionale teorizzava poi, sempre mediante l'art. 11 Cost., una riserva di competenza intangibile per le fonti europee poi definita in rapporto di gerarchica sovraordinazione delle fonti europee rispetto a quelle interne, con il limite dei principi supremi e dei diritti inviolabili della persona¹³⁵.

L'ingresso di norme e di centri di produzione normativa sovranazionali infrange così il monopolio costituzionale delle fonti primarie, producendo direttamente effetti sul diritto nazionale, arrivando

¹³⁰ BONAFÈ B., *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in CASSESE S., *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 98-111; Sul ruolo della giurisprudenza vedi D'ATENA E., *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Rass. Parl.*, 2002, 915 e 923; LAMARQUE E., *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano, Giuffrè, 2010, 97 ss., disponibile online all'indirizzo www.cortecosostituzionale.it; TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 206, ma anche PINELLI C., *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, 194 e CANNIZZARO E., *La riforma federalista della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 2001, 921.

¹³¹ Per una diffusa trattazione del tema Sorrentino op. cit., 140 e ss. e sempre SORRENTINO F., "Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?" in "scintillae iuris", Studi in memoria di G. Gorla, I, Milano, Giuffrè, 1994, 357-370.

¹³² MACCORMICK N., *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003, cap. VII.

¹³³ Osserva Bin che la "sovranità è un elemento della costruzione teorica dello Stato. Quando noi parliamo di Stato, difficilmente facciamo a meno della parola sovranità, perché riassume alcune prerogative...che possono essere riassunte nel cosiddetto principio di esclusività" in base al quale "lo Stato pretende di essere l'unico a comandare e nega che vi sia un'autorità che gli si possa contrapporre all'interno o all'esterno". BIN R., *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in PUGGIOTTO A., (a cura di) *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 369 - 381.

¹³⁴ la Corte costituzionale interpreta per la prima volta la relazione tra l'art. 11 Cost. («per la parte nella quale si enuncia che l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni e promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo») e i Trattati istitutivi Europei, in base alla quale «la norma (significherebbe) che, quando ricorrano certi presupposti, è possibile stipulare trattati con cui si assumano limitazioni della sovranità ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria»; tuttavia, «ciò non (importerebbe) alcuna deviazione dalle regole vigenti in ordine alla efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati, non avendo l'art. 11 conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il trattato, un'efficacia superiore a quella propria di tale fonte di diritto». Di conseguenza, non potrebbe dirsi possibile una interpretazione, per la quale «la legge che contenga disposizioni difformi da quei patti sarebbe incostituzionale per violazione indiretta dell'art. 11 attraverso il contrasto con la legge esecutiva del trattato». Sicchè, «la violazione del trattato, se importa responsabilità dello Stato sul piano internazionale, non toglie alla legge con esso in contrasto la sua piena efficacia», dal momento che «deve rimanere saldo l'impero delle leggi posteriori a quest'ultima, secondo i principi della successione delle leggi nel tempo, ne consegue che ogni ipotesi di conflitto fra l'una e le altre non può dar luogo a questioni di costituzionalità» BON VANSALSSINA M., *Considerazioni sulla sent. n. 14 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1964, 133 ss.; PALADIN L., *Il sindacato della Corte costituzionale sull'utilità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1964, 145 ss.; MAZZIOTTI DI CELSO M., *Appunti sulla sentenza della Corte costituzionale riguardante la legge istitutiva dell'ENEL*, in *Giur. cost.*, 1964, 443 ss.; CATALANO M., *Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai Trattati istitutivi della Comunità europea*, in *Foro it.*, 1964, 465 ss.; MONACO R., *Diritto comunitario e diritto interno davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1964, I, 1312 ss.

¹³⁵ Sul ruolo della Corte di Giustizia e della giurisprudenza si rimanda a SORRENTINO F., voce *Fonti (dir. Cost.)*, *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di) Cassese S., Milano, Giuffrè, 2004, 2543 e ss.

a sostituire quest'ultimo (salvo il ricorso alla c.d. teoria dei controlimiti)¹³⁶, poiché tali norme sono dotate di rango para-costituzionale, alterando così la struttura gerarchica delle fonti¹³⁷.

Infatti, proprio nell'ottica di un sistema "aperto" nei propri confini¹³⁸, determinate fonti, pur non espressamente previste in Costituzione, sono riconosciute come appartenenti all'ordinamento. Si tratta non solo delle fonti del diritto dell'Unione europea (legittimate mediante la lettura estensiva dell'art. 11 Cost. e poi dal nuovo 117 comma 1 Cost.), ma anche delle norme derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo aventi "forza normativa sovralegislativa"¹³⁹ grazie all'esegesi dell'art. 117 comma 1 Cost¹⁴⁰.

L'introduzione di tali fonti "esterne"¹⁴¹ nel nostro ordinamento, infrange il monopolio della Costituzione laddove esse, pur non previste da essa in modo esplicito, entrano nel sistema mediante un atto di legislazione ordinaria. Diviene evidente che, con l'appartenenza del nostro ordinamento a quello sovranazionale, non è più possibile riferire solo di fonti interne senza considerare i loro legami con quelle esterne all'ordinamento¹⁴².

Infatti, la prevalenza delle fonti europee su quelle interne anche di grado costituzionale (salvo i principi supremi)¹⁴³, l'evidente unificazione delle fonti nazionali con quelle europee, assieme alla

¹³⁶ Come noto quando il diritto Ue entra nel nostro ordinamento e diventa applicabile, prevale sulle fonti interne confliggenti, derogando anche le fonti di rango costituzionale, salvo che il contrasto sia con i principi supremi. Si tratta della teoria dei controlimiti, che è imperniata sull'esistenza di un 'nucleo duro' di principi supremi che forgianno l'identità costituzionale e che, perciò, devono essere salvaguardati ogni volta che l'interferenza di fonti esterne provi a scalfirne il carattere assiologicamente inderogabile. Si rinvia a BERNARDI A., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2016 e PINO G., *La «lotta per i diritti fondamentali in Europa». Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in TRUJILLO I., E VIOLA F., (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 109-141 ed ancora LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in "Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti", 15 aprile 2016.

¹³⁷ PASTORE, op.cit., 116-117.

¹³⁸ Secondo Sorrentino "il confine tra interno ed esterno, grazie al quale si afferma e postula la sovranità degli stati, tende... a fluidificarsi?", SORRENTINO op.cit., 11.

¹³⁹ Sul punto vedi la trattazione di TEGA D., *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in CARTABIA M., (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, il Mulino, 2007, 69-70; BARBERA A., "Nuovi diritti": attenzione ai confini, in CALIFANO L., (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004. Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale si rinvia a TRABUCCO D., *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la Cedu e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali- astratti a garanzia della superiorità della Costituzione?* In Osservatorio sulle fonti, Fasc. 3/2018.

¹⁴⁰ MORRONE, op.cit., 73 e per una diffusa disamina anche ROMBOLI R., *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano* in <http://www.giurcost.org/studi/romboli6.pdf>, fasc. 3, 2018.

¹⁴¹ L'ingresso delle fonti esterne nel nostro ordinamento, implica "la consapevolezza del legislatore costituzionale delle peculiarità dell'ordinamento comunitario in quanto tale e la sua volontà di accettarlo nella sua attuale consistenza. Ciò significa, non soltanto superiorità delle norme comunitarie su quelle interne, ma accettazione di un aquis comunitarie che comprende la diretta applicabilità di alcune fonti comunitarie, l'idoneità delle fonti comunitarie a derogare a norme costituzionali, con il limite dei principi supremi, la soggezione degli interpreti alle pronunce della Corte di giustizia" Sorrentino, op.cit., 144. Sul punto anche SORRENTINO F., *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in Rivista A.I.C., 2002 e LUZZATTO R., *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117 in Il diritto dell'Unione europea*, 2008, 1 e ss.

¹⁴² L'introduzione stessa di fonti, provenienti da un "sovraordinamento" costituisce in sé una rivoluzione che delocalizza il sistema delle fonti "fuori" dalla Costituzione, laddove tali fonti non sono espressamente ed esplicitamente previste in Costituzione, ed in tal modo, mediante un atto di legislazione ordinaria, "infrange il monopolio costituzionale della disciplina delle fonti primarie". Si richiama SORRENTINO, op.cit., 6.

¹⁴³ Sulla capacità delle fonti europee, entro i limiti dei principi supremi, di derogare alla Costituzione si veda SORRENTINO, op.cit., 140.

devoluzione al giudice europeo, con l'interpretazione pregiudiziale della cognizione del rapporto tra fonti interne e fonti UE, contribuisce a delocalizzare le fonti verso l'esterno¹⁴⁴.

La terza spinta¹⁴⁵, infine, concerne la nascita di nuovi centri di produzione normativa (estranei al testo costituzionale), ma efficaci ed idonei a creare un nuovo diritto, estraneo alla *ratio* della sovranità, ai confini statali e ai radicamenti territoriali, ma fondato su regole commerciali, decisioni prese all'interno di arbitrati internazionali ect. Si tratta della c.d. *lex mercatoria*, la quale viene ritenuta una fonte autonoma "proveniente da un plesso normativo separato"¹⁴⁶, che si fonde con i procedimenti interni di produzione giuridica¹⁴⁷. Tale fenomeno contribuisce a creare un sistema sempre più polinormativo fatto di livelli normativi di diversa origine.

Dall'analisi dei quattro fenomeni che pongono in crisi il sistema delle fonti si evince, in conclusione, che essi costituiscono lo specchio dell'attuale rapporto tra i poteri dello Stato in cui viene sempre più demandato a fonti *extra-ordinem*, ad atti di incerta configurazione e a fonti secondarie del Governo, la disciplina di numerose materie e settori, facendo andare in crisi l'idea classica del sistema basato sulla centralità della legge, come ingranaggio principale del funzionamento del sistema. È quindi evidente che anche la rappresentazione di tutte le fonti richiamate all'interno di una gerarchia, classicamente intesa, va ripensata.

2. Le diverse declinazioni del criterio della gerarchia e il criterio della competenza

I criteri ordinatori delle fonti, in primis quello gerarchico, non sono stati immuni alla crisi delle fonti del diritto. Infatti proprio a causa della sempre più evidente frammentazione, moltiplicazione, destrutturazione e delocalizzazione, i criteri diventano inadeguati a rispondere alle esigenze connesse alle nuove e diverse fonti normative¹⁴⁸.

La pluralità delle fonti normative impone quindi di analizzare i loro reciproci rapporti, o meglio le regole sulle relazioni tra le diverse fonti¹⁴⁹ per comprendere, in ipotesi di contrasto (c.d. antinomie),

¹⁴⁴ È interessante richiamare una posizione per certi versi estrema, secondo cui "la Costituzione, non è più legata alla concezione gerarchica-verticale del sistema delle fonti di produzione del diritto, una Costituzione "parziale" nella misura in cui si presta a "farsi fecondare dalle altre Carte" laddove queste si dimostrino idonee ad una tutela più intensa dei diritti fondamentali in gioco". TRABUCCO, op.cit., 14 e RUGGERI A., CEDU, diritto "euromunitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi", www.diritticomparati.it, 19 aprile 2013, 1 e ss.

¹⁴⁵ BESSON S., TASIOLAS J. 2010. *Introduction*, in IDD. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010, 1 ss. e SORRENTINO F., *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

¹⁴⁶ GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2001.

¹⁴⁷ SORRENTINO, op.cit. 10.

¹⁴⁸ Sul punto vedi SORRENTINO, op.cit., 5.

¹⁴⁹ MODUGNO, op.cit., 10 il quale si sofferma sulle regole sulle relazioni tra le diverse fonti, precisando intese come dei congegni che assicurano "le esatte relazioni tra le diverse fonti legali".

quale debba prevalere¹⁵⁰. Per antinomie infatti, si intende la contrapposizione o la contraddizione tra norme, ovvero la loro incompatibilità che non può essere tollerata dall'ordinamento, ma va risolta affinché l'ordinamento sia un vero e proprio “*sistema regolatore coerente ed unitario e non coacervo informe di norme tra loro contrastanti*”¹⁵¹.

La crisi del sistema delle fonti pone in discussione i principi ordinatori delle fonti, l'antico criterio cronologico e, in particolare, il principio di gerarchia che orientava l'impostazione classica delle fonti¹⁵² e il criterio della competenza.

Questi ultimi non risultavano più idonei a risolvere singole antinomie, poiché, essendo criteri incompleti e privi della determinazione precisa dell'ambito di operatività, entravano sovente in concorso, sovrapponendo la loro incidenza e il concreto conflitto che si veniva a realizzare¹⁵³.

La tradizione storica ha tramandato e consolidato due criteri, quello cronologico e quello della specialità; successivamente, nell'attuale assetto si sono aggiunti il criterio gerarchico e quello della competenza.

Il criterio cronologico, ovvero della prevalenza della *lex posterior (lex posterior derogat priori)*, esprime la temporaneità di ogni ordinamento giuridico e consiste, secondo la dottrina¹⁵⁴, in “*un principio o postulato di teoria generale, ancor prima che, eventualmente, un principio o una norma di carattere positivo*”.

Tale criterio presenta alcuni limiti nelle ipotesi in cui le norme non possono che essere poste secondo un ordine diverso, ovvero quando prevale l'esigenza di relazionarle secondo gerarchia o competenza. In altre parole, quando ci sono più tipi di fonti tra loro parallele e a ciascuna di esse, insegna la dottrina¹⁵⁵, va “*riservata una determinata materia*” ed inoltre manca la possibilità di un valido concorso su medesimi oggetti delle norme propri dell'una e dell'altra fonte. In tale ipotesi non può essere tenuto in considerazione il criterio cronologico, poiché, ogni antinomia, va risolta guardando alla norma competente o gerarchicamente superiore qualora le fonti appartengano invece a più tipi diversi per il grado con cui innovano il diritto.

¹⁵⁰ Per una completa disamina delle diverse antinomie che si possono creare tra le norme si richiama la complessa trattazione di ZANOBINI, op. cit., 368 e ss. ed anche la trattazione di CELOTTO A., *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, Giappichelli, 2011.

¹⁵¹ CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ed. aggiornata da F. Crisafulli, Padova, Cedam, 2006.

¹⁵² Tarello afferma che si iniziò a riferire di gerarchia già nell'età dell'assolutismo al fine di poter in essere un'organizzazione del materiale normativo vigente così da realizzare o assecondare la concentrazione del potere politico e giuridico. Infatti, le prime teorizzazioni in tema di gerarchia furono dei grandi filosofi dell'assolutismo moderno come Hobbes, Pufendorf, Thomasius, quando si presentavano alla loro attenzione dei conflitti fra le norme ritenendo che in tali conflitti dovesse prevalere “*la legge prodotta dalla fonte più vicina al sovrano*” che quindi significa la fonte di grado più elevato. Tale inquadramento però non poteva sopravvivere all'ancien regime, nel senso che attraverso le rivoluzioni ed in particolare quella francese, la concentrazione delle fonti passo dal sovrano alla legge. Per una più approfondita disamina, TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 311 ss.

¹⁵³ CELOTTO, op.cit., 24

¹⁵⁴ MODUGNO, op.cit., 381. Lo stesso Modugno aveva teorizzato che il principio di gerarchia non indica solo un principio ordinatore delle fonti “*ma contiene in sé l'idea stessa dell'ordinazione delle fonti: è di quest'ultima, in qualche modo sinonimo, se non altro nel senso che non si dà o non si darebbe ordinazione senza gerarchia*”. MODUGNO F., *Voce fonti del diritto (Gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1997, 562.

¹⁵⁵ CRISAFULLI, op.cit., 184 ss.

Il criterio di gerarchia (*lex superior derogat inferiori*), ricondotto, con una metafora, alla piramide¹⁵⁶ o alla scala¹⁵⁷, costituisce la c.d. regola generale in cui, all'interno della c.d. scala gerarchica si pongono le diverse fonti, ovvero i diversi tipi di fonte, le quali vanno viste dall'alto in basso (partendo dalle norme più importanti che occupano le posizioni apicali nella gerarchia per arrivare alle norme che occupano gli ultimi gradini) o dal basso verso l'alto e l'applicazione di tale criterio è il giudizio di validità o invalidità di una norma ovvero la determinazione della valida o invalida appartenenza al sistema.

In altre parole, tra due norme poste da fonti tra le quali l'ordinamento ha stabilito un rapporto di sopra e sotto-ordinazione, è da ritenere applicabile la norma posta dalla fonte superiore, con la conseguenza che la norma posta dalla fonte inferiore viene considerata invalida e quindi espunta dall'ordinamento.

La teoria che ha inquadrato il criterio gerarchico¹⁵⁸, secondo la dottrina¹⁵⁹, può essere desunta da diverse regole appartenenti agli ordinamenti positivi, ovvero regole fondate sul principio della corrispondenza tra i diversi procedimenti di produzione normativa e i tipi di atti normativi. Tale principio si fonda contestualmente sulla gerarchia dei soggetti titolari di poteri normativi che si trasmette ai procedimenti e agli atti che ne sono espressione, tipizzandoli¹⁶⁰ e raggiunge l'unità mediante la stratificazione delle fonti sui diversi piani dal basso verso l'alto¹⁶¹ secondo una vera e propria piramide¹⁶².

¹⁵⁶ Sul punto si richiama la trattazione di Pastore che precisa come la verticalità gerarchica sia rappresentata dalla piramide, ormai non più attuale dato che la piramide, da un lato, presenta scalini affollati e sconnessi, dall'altro *"le trasformazioni delle organizzazioni giuridiche travolgono la piramide, simbolo architettonico di un ordine che colloca i rapporti tra gli atti normativi lungo linee ascendenti e discendenti"*. Pastore, op.cit., 20.

¹⁵⁷ KELSEN, op.cit., 266 («pyramide ou hierarchie de normes»; si noti che questa espressione non è presente nella traduzione italiana *Dottrina pura del diritto*); BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, 184 («costruzione a piramide dell'ordinamento giuridico»); SANDULLI, op.cit., 525, 527 (la «scala gerarchica delle norme»); PIZZORUSSO, op.cit., Articoli 1-9, 40- 42; il «modello della scala o della piramide», in relazione al criterio gerarchico di soluzione delle antinomie, è evocato ad es. da LUCIANI M., *Fonti del diritto*, p. 472; di «scala delle fonti» e «scala delle norme» riferisce FERRAJOLI L., *Principia iuris*, vol. 1, 905-908; GUASTINI, op.cit., 62.

¹⁵⁸ Tale impostazione affonda le proprie radici nella costruzione gradualistica dell'ordinamento proposta da Kelsen e dalla Scuola di Vienna, secondo cui le norme che formano l'ordinamento sono collocate su più piani, in modo che ciascuna norma derivi la propria validità dalla conformità ad una norma superiore e, in via mediata, alla c.d. *"norma fondamentale"*. Oggi, rispetto all'impostazione Kelseniana, che riteneva tale principio gerarchico immanente all'ordinamento stesso, il criterio gerarchico non può essere ritenuto un criterio logico, bensì positivo, ovvero operante solo se previsto nel singolo ordinamento. Sul punto si richiama il pensiero di CRISAFULLI, op.cit., 94 e MODUGNO, op.cit., 708.

¹⁵⁹ In tema di gerarchia si richiamano, ma a mero titolo esemplificativo, PALADIN, op.cit., 82 e ss, MODUGNO op.cit., CRISAFULLI op.cit. e soprattutto RUGGERI, op.cit.

¹⁶⁰ MODUGNO, op.cit. 11.

¹⁶¹ Merkl, nell'opera *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto*, 1931, nel ragionare sul sistema delle fonti precisa che *"tra le immagini proposte per il paragone, una catena, un albero genealogico, un corso d'acqua, un processo tecnico produttivo, quella di una gerarchia (Stufenfolge), di una costruzione a gradi (Stufenbau) è certo la più disadorna, ma anche la più espressiva"*.

¹⁶² PINO G., *Interpretazione e crisi delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014.

Pur non essendo quello di gerarchia il criterio più risalente¹⁶³, esso si impone con l'avvento del codice civile del 1942, in cui, nelle Preleggi (le disposizioni sulla legge in generale art. 12,15), viene introdotto per la prima volta la c.d. gerarchia delle fonti¹⁶⁴ contenuta nell'art. 1 c.c. e che recepisce tutta l'elaborazione Kelseniana e della Scuola di Vienna, sviluppando in senso gerarchico il rapporto tra legge e regolamento e tra i due e la consuetudine. In tal modo tale costruzione coinvolge le relazioni tra le fonti legali diverse, ma guardate nel loro complesso.

La teoria della gerarchia, nella sua formulazione più tradizionale¹⁶⁵, vede al centro la legge come “*fonte primaria del diritto*”, che stabilisce il gradualismo delle stesse fonti ed ha la capacità di resistere al sopravvento di fonti successive “*che non abbiano gli stessi requisiti formali o la medesima efficacia*”¹⁶⁶.

Tale teoria trova la propria *ratio* nell'originaria idea della sovranità puramente parlamentare, ovvero della supremazia del Parlamento secondo cui la legge prevale sugli atti normativi del Governo (quindi sui regolamenti) e su ogni altro fatto giuridico o atto o fatto normativo, guardando alla forza formale della legge ovvero alla sola forma dell'atto stesso¹⁶⁷.

Tale teorizzazione subisce un primo scossone con l'avvento della Costituzione nel 1948, laddove diventa necessario far spazio anche ad un'altra fonte che viene collocata all'interno del sistema e quindi in tal modo, anche la Costituzione beneficia di tale criterio ordinatore che la pone, secondo il modello Kelseniano, al vertice¹⁶⁸, implicando una serie di questioni problematiche legate al principio di legalità¹⁶⁹.

Pertanto, seguendo il principio della gerarchia, la c.d. piramide, vede alla propria sommità la Costituzione e le leggi di revisione costituzionale oltre alle altre leggi costituzionali, le leggi statali e regionali, gli atti aventi forza di legge, i regolamenti governativi, i regolamenti di altri enti, e le

¹⁶³ Infatti, in origine il sistema era costruito sulle norme positive delle c.d. Preleggi che precedono il codice civile e disciplinano, sia le modalità di interpretazione della legge (art.12) sia i criteri di risoluzione delle antinomie (art. 15) e quindi in principio prevaleva il criterio cronologico consolidato già nei codici preunitari ad es. il codice estense e parmense, lo statuto albertino.

¹⁶⁴ Come già chiarito (nota 82), la gerarchia delle fonti viene elaborata dalla dottrina attraverso l'interpretazione della costruzione gradualistica di Kelsen e della Scuola di Vienna. Infatti, la dottrina pura del diritto fornisce un'articolazione a gradi, modello formale di gerarchizzazione delle norme giuridiche caratterizzate da coerenza (la piramide contiene solo ciò che sta tra base e vertice), completezza (la piramide delimita quanto si pone tra base e vertice) e unità (tutti gli elementi si pongono in modo ordinato sotto il vertice). Per tutti vedi KELSEN H., *Grundriss einer allg. Theorie des Staates*, Vienna, 1926. Sul punto si richiama in particolare il pensiero di MODUGNO F., “*Fonti del diritto (gerarchia delle)*” in *Encicl. Dir. Agg.*, I, 561, 563 e ss.

¹⁶⁵ DI MAJO A., *Norme costituzionali e gerarchia delle fonti del diritto* in *Studi in onore di E. Eula*, I, Milano, Giuffrè, 1957, 371 e ss.

¹⁶⁶ Secondo Modugno il criterio gerarchico avrebbe l' idoneità a ordinare le fonti secondo la loro forza definibile come l'efficacia che è propria di ciascun tipo di fonte “*forma tipica e forza formale*” intesa come resistenza al sopravvento di fonti successive che non abbiano i medesimi requisiti formali o la medesima efficacia. MODUGNO, op.cit., 212.

¹⁶⁷ Tale gerarchia pertanto, in origine, trova la propria *ratio* nell'esigenza di sistemare la relazione tra legge e regolamento e tra questi ultimi e la consuetudine.

¹⁶⁸ Sul punto si richiama la ricostruzione di ZANOBINI G., “*Gerarchia e parità tra le fonti?*” in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 299 e ss.

¹⁶⁹ CARLASSARE, op.cit., 550, la quale sottolinea l'importanza che nella nuova gerarchia delle fonti (in cui è ormai presente al vertice la Costituzione), assume la c.d. rigidità costituzionale.

consuetudini. All'interno di tale costruzione ogni atto deriverebbe la propria forza¹⁷⁰ dalle fonti di grado più alto.

La dottrina ha distinto diverse declinazioni del criterio gerarchico¹⁷¹, che si definiscono gerarchie c.d. strutturali.

La prima di esse è la c.d. gerarchia tra norme, secondo cui ogni potere normativo è istituito da una norma sulla produzione giuridica ovvero da una norma attributiva di potere. Pertanto la gerarchia strutturale è la relazione che intercorre tra i due poteri normativi che traggono legittimazione uno dall'altro. Si richiama la gerarchia strutturale tra il potere legislativo (delle camere) e il potere legislativo delegato (del Governo) in cui essa, come gerarchia tra i poteri, si riflette in una gerarchia tra le fonti.

Vi sono poi le gerarchie c.d. formali, ovvero le relazioni tra fonti create dalle fonti stesse e si estende alle norme che dalle diverse fonti sono espresse e quindi le norme provenienti dalla fonte inferiore sono invalide qualora contrastino con norme provenienti dalla fonte superiore. Ancora si richiamano le gerarchie logiche ovvero le relazioni tra norme (e non tra fonti) non istituite dal diritto, ma che dipendono esclusivamente dalla struttura del linguaggio delle fonti. In altre parole vi sono determinate norme che sono sovraordinate ad altre poiché vertono su di esse. Infine vi sono le gerarchie c.d. assiologiche ovvero la relazione tra norme (e non tra fonti), che non è istituita positivamente dal diritto ma dagli interpreti che istituiscono tali gerarchie quando trattano una norma come fondamento di un'altra, anche se essa ha pari grado nella gerarchia formale¹⁷².

Prima di analizzare i limiti del criterio gerarchico, che sono stati posti in luce da numerosi esponenti della dottrina, è opportuno richiamare brevemente la posizione di chi¹⁷³, seppur in modo isolato, ha ritenuto che la gerarchia possa costituire, anche di fronte alla crisi del sistema, uno strumento ancora sensato ed adeguato al livello ricostruttivo, sia delle fonti sia dell'ordinamento.

¹⁷⁰ Per forza si intende la resistenza propria delle disposizioni prodotte dagli atti sovraordinati rispetto alle disposizioni prodotte da altri atti subordinati ovvero nella capacità dei primi a produrre disposizioni in grado di privare di efficacia le disposizioni prodotte dai secondi o anche dai primi (laddove anteriori) nella successione temporale.

¹⁷¹ Si fa riferimento alle quattro categorie di gerarchie strutturali in GUASTINI, op.cit. 37 e ss., ma anche PIZZORUSSO, op.cit. 7 il quale invece indaga sul rapporto tra gerarchie tra norme in cui vi è la corrispondenza tra la forza politica degli organi costituzionali e la forza normativa degli atti da esse emanati, e le gerarchie c.d. strumentali, ovvero quelle in cui le norme disciplinano l'attività di produzione normativa aventi una forza normativa tale da essere rispettate da chi esercita le funzioni corrispondenti, domandandosi se tali gerarchie dovessero allinearsi o addirittura diventare una sola gerarchia "assegnando alle norme sul procedimento di formazione delle fonti il rango proprio delle fonti costituzionalmente superiori". Tale problema, precisa ancora Pizzorusso, si è posto quando il legislatore ha introdotto in alcune leggi una clausola destinata a renderle abrogabili o modificabili solo in modo espresso; e TARELLO G., *Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi* in *Politica e diritto*, 1977, 499 e ss, il quale invece distingue tre tipi di gerarchie normative: gerarchie di fonti, gerarchie strutturali o strumentali, (ovvero tra norme dello stesso livello) e gerarchie di competenza.

¹⁷² Per una completa disamina del concetto di gerarchia normativa, ovvero dei diversi significati di gerarchia assiologica si rimanda alla trattazione di PINO G., *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, 263 ss.

¹⁷³ PINO, op.cit., 9-10.

Infatti, prendendo le mosse dal concetto di gerarchia normativa già richiamato e dal contenuto delle diverse declinazioni di gerarchia normativa ovvero le gerarchie strutturali, le gerarchie materiali e le gerarchie assiologiche e così individuando nella gerarchia solo uno strumento che designa il rapporto tra norme, può dimostrare che qualunque relazione tra norme può essere spiegata grazie al richiamo della sola gerarchia, ponendo l'attenzione anche a tale criterio in relazione ai rapporti tra fonti ed interpretazione, ove quest'ultima comunque definisce il contenuto delle fonti ed ancor prima qualifica i documenti quali fonti. In particolare se è vero che ogni fonte si inserisce in un complesso di fonti, è interpretativo l'intervento che inerisce l'organizzazione dei rapporti tra le fonti e quindi l'accertamento della sussistenza o meno di una gerarchia normativa. Tuttavia, come osservato da una dottrina autorevole¹⁷⁴, il criterio gerarchico non offre una rappresentazione delle fonti corrispondente alla situazione esistente all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Infatti, intanto le Preleggi riproducono le norme del Codice del 1865 (ovvero gli artt. 12 e 15 delle Preleggi corrispondono esattamente agli artt. 3 e 5 del Codice del 1865)¹⁷⁵ senza in alcun modo dare atto dei cambiamenti ed evoluzioni avvenute nel frattempo. Inoltre, con l'irrompere delle fonti europee, esse si configurano quali norme di rango para-costituzionale¹⁷⁶ (poiché il diritto dell'Unione europea entrando nel nostro ordinamento diventa direttamente applicabile e prevale sulle fonti interne confliggenti derogandole, salvo il contrasto con principi supremi e diritti inviolabili), e quindi esse creano un'ulteriore e profonda alterazione della struttura gerarchica delle fonti.

La crisi della gerarchia delle fonti diventa inevitabile quando viene messa in discussione l'unitarietà del sistema, ovvero il parallelismo tra la gerarchia delle fonti, i procedimenti di produzione normativa e gli organi dotati dei poteri normativi, poiché andando in crisi tutte queste diverse declinazioni della gerarchia, va in crisi l'idea della sovranità indivisa dello Stato¹⁷⁷. Infatti è proprio la Costituzione che incrina la concezione c.d. piramidale dell'ordinamento giuridico, nel senso che l'introduzione di quella che Kelsen ha definito una "*forma legale costituzionale*"¹⁷⁸, distinta e superiore alla forma legale ordinaria¹⁷⁹ fino ad allora predominante su tutto, perturba il sistema gerarchico¹⁸⁰.

¹⁷⁴ Tale teorizzazione è di ESPOSITO, op.cit., 320.

¹⁷⁵ Anzi nei lavori preparatori del codice civile del 1942, si era anche dubitato se mantenere in vita le Preleggi: infatti erano ritenute incomplete ed imprecise e quindi prive, in via di fatto, di qualsiasi forma di precettività. Relazione della Commissione Reale, in PANDOLFI G., SCARPELLO G., STELLA RICHTER M., DALLARI G., *Codice civile* (illustrato con i lavori preparatori), I, Milano, Giuffrè, 1939, 24 ss.

¹⁷⁶ CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995, 95 ss, 135 ss.

¹⁷⁷ Sul punto BIN, op.cit., 6.

¹⁷⁸ Secondo Modugno, la "*forma legale costituzionale*", assistita dalla rigidità costituzionale e dal controllo sulle leggi, rappresenta "*un primo, ma decisivo elemento di perturbazione dello schema gerarchico*". Modugno, op.cit., 212.

¹⁷⁹ Nel senso che il fatto che la legge si ritrovi in posizione subordinata rispetto alla Costituzione indebolisce la stessa certezza della legge, intesa come validità e quindi come affermato in una pronuncia della stessa Corte Costituzionale, "*la certezza della legge viene indebolita dalla certezza (ed effettività) della Costituzione*". Corte Cost., sent. n. 225/1987. La legge perde così la propria forza e viene detronizzata venendo meno il sistema che si poggiava su di essa come base.

¹⁸⁰ CRISAFULLI, op.cit., 188-189.

La gerarchia si arricchisce di un nuovo grado di fonti “*parallele*” sul medesimo grado (es. le leggi costituzionali e di revisione costituzionale)¹⁸¹ ed inoltre si frantuma l’unitarietà della legge che non è più, come era nell’800, la fonte normativa per eccellenza, espressione della più pura sovranità. Ciò avviene con l’introduzione, accanto alla funzione legislativa prevista in capo alle Camere (art. 70 Cost.), delle deroghe ad essa, costituite, segnatamente, dal referendum abrogativo (art. 75 Cost.), dal decreto delegato (art. 76 Cost.) e dal decreto legge (art. 77 Cost.). Infatti, il fatto che tali atti presentino forza di legge, implica che siano posti sullo stesso piano gerarchico della legge formale, salvo essere controllati dalla riserva di legge volta a limitare il potere regolamentare del Governo, riservando la disciplina totale o di principio (rispetto alle fonti primarie), ed escludendo che il Governo possa sostituirsi alle Camere provvedendo con atti aventi forza di legge ad atti riservati al Parlamento.

Altro aspetto che mette in crisi il criterio della gerarchia è la c.d. specializzazione delle leggi e degli atti legislativi, per cui non tutte le fonti che si pongono tra le fonti primarie, hanno i medesimi caratteri ed occupano lo stesso posto, possono essere distinte secondo la gerarchia. Si tratta di una rottura della legge formale poiché essa finisce per essere collocata, secondo la dottrina “*nell’ambito di tanti sistemi diversi, in relazione alle singole materie*”¹⁸², perdendo, al contempo, la propria centralità nel sistema delle fonti.

Quindi con la frantumazione, sotto i diversi profili richiamati, dell’ordinazione gerarchica delle fonti, viene meno anche l’aspirazione di introdurre una “*razionalità verticale nelle fonti del diritto presieduta dalla legge formale*”¹⁸³ e il sistema risulta ormai inevitabilmente svincolato “dalla logica piramidale” e quindi suscettibile di ordinarsi in modo autoindotto con tutti i rischi che ciò comporta ovvero ordinandosi secondo la materia regolata o viceversa a seconda se una fonte ne detti o meno la disciplina¹⁸⁴. Pertanto, a causa soprattutto dei numerosi limiti del criterio gerarchico¹⁸⁵, a fianco

¹⁸¹ Infatti la Costituzione per sua propria natura (originarietà, istantaneità, unicità), investe le fonti del diritto, cioè “crea le fonti, le conforma e le condiziona”. Quindi la Costituzione si atteggia a fonte sulla produzione che determina tra gli atti normativi dei rapporti che non possono essere letti esclusivamente nell’ottica della gerarchia. MODUGNO, op.cit., 212.

¹⁸² MODUGNO F, NOCILLA D., Op.cit., 411e ss

¹⁸³ PINO G., “*La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*”, in www.1.unipa.it

¹⁸⁴ Sul punto si richiama AAVV “*et si omnes...*” scritti in onore di Francesco Mercadante (a cura di) Fulco Lanchester e Teresa Serra, Giuffrè, 2008, 660 e ss.

¹⁸⁵ Sul punto si richiamano MODUGNO F. e NOCILLA D., *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, 411 ss.; MODUGNO F., *Validità* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, XLVI, 1993 43 ss.; MODUGNO F. *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*, in *Studi in onore di M. Mazziotti Di Celso*, II, Padova, Cedam, 1995,175 ss.; MODUGNO F., *Fonti del diritto* (gerarchia delle), in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, 461 ss.; MODUGNO F., CELOTTO A., RUOTOLO M., *Considerazioni sulla “crisi” della legge*, in *Studi parl. e pol. cost.*, nn. 125-6, 1999, 7 ss.; e, da ultimo, MODUGNO F., *Principi di diritto costituzionale*, estr. da *Lineamenti di diritto pubblico*, cur. F. Modugno, Torino, Giappichelli, 2008, 79 ss. CARLASSARE L., op. cit., 536 ss., specie 541 ss., 545 s., 549 ss.

ad esso si impone il criterio della competenza¹⁸⁶, inteso al contempo come strumento di risoluzione delle antinomie¹⁸⁷ e criterio ordinatore del sistema delle fonti rispetto appunto alla gerarchia¹⁸⁸.

Il criterio della competenza viene ritenuto come vero e proprio criterio normativo che consente di rappresentare meglio il rapporto tra atti normativi, a seguito dell'introduzione della Costituzione. Infatti, nel vasto ed eterogeneo complesso di fonti contemplate dalla Costituzione, in cui varie norme sottraggono materie o rapporti alle leggi dello Stato, configurando atti normativi non inferiori, superiori o parificati rispetto alle leggi, ma differenziati con caratteri propri, sorge la necessità di accogliere un nuovo criterio¹⁸⁹.

Secondo tale criterio, tra due norme incompatibili, poste una da una fonte competente ad emanarla e l'altra da una fonte incompetente, è valida e pertanto applicabile, quella posta dall'organo o dalla fonte cui è attribuita, in assoluto o in via preferenziale, la competenza¹⁹⁰.

Si tratta, come la dottrina¹⁹¹ ha voluto sottolineare, di un vero e proprio principio positivo di risoluzione delle antinomie, potendo operare solo ove l'ordinamento stabilisca norme puntuali che attribuiscono la competenza, a determinati organi, di emanare atti normativi.

¹⁸⁶ Già il Quadri affermava che “*non è necessario inquadrare le fonti in un'unica gerarchia*” al fine di risolvere le antinomie, poichè ben più valido ed idoneo a sorreggere un sistema che ruota intorno alla Costituzione, è il criterio della competenza per cui è la Costituzione ad indicare di volta in volta la fonte competente per quella materia. Sul punto, QUADRI G., *La forza della legge*, Milano, Giuffrè, 1970, 192-194. Inoltre, secondo Niccolai, di competenza si ragionava anche “in regime di Costituzione flessibile, in considerazione del rapido trasformarsi delle fonti tra la crisi dello Stato liberale, l'instaurazione del regime fascista e il consolidamento dell'ordinamento corporativo”, NICCOLAI S., *Delegificazione e principio di competenza*, Padova, Cedam, 2001, 72. Di competenza in regime di costituzione flessibile riferisce anche Zanobini nel 1939 quando, indagando dei rapporti tra le fonti distinse quello di superiorità e prevalenza, equiordinazione ed equivalenza evidenziando che, nel rapporto di superiorità di una norma sull'altra, si realizzava una separazione di competenza che escludeva interferenze tra i livelli. Quindi nei rapporti ascrivibili alla gerarchia, Zanobini individuava un rapporto di competenza che non escludeva la gerarchia sostanziale del livello superiore rispetto all'inferiore, poneva un limite di separazione delle competenze. Se la competenza di una fonte sconfinava nell'ambito di un'altra, si realizzava un'invalidità.

¹⁸⁷ MODUGNO F., *Appunti per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1988, 181.

¹⁸⁸ MODUGNO F., *La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di V. Crisafulli*, in *Dir. Soc.*, 1993, 527-528 anche se sul punto è critico Paladin, il quale non ritiene sia possibile interpretare la competenza come criterio ordinatore delle fonti laddove si ritiene che la titolarità in capo alla legge di una competenza residuale impedisce di interpretare il sistema delle fonti “*quale unitariamente retto dalla competenza*”. PALADIN, op. cit., 168.

¹⁸⁹ PALADIN, op.cit., 83.

¹⁹⁰ Si richiama la definizione di Franco secondo cui “*il criterio della competenza prevede che di due norme incompatibili è valida la norma posta dall'organo o dalla fonte cui, in quella determinata materia o in quel dato territorio o secondo le modalità di disciplina, è riservata in via assoluta o in via preferenziale, la competenza. Anche questo, come il criterio gerarchico, è un criterio positivo e non logico, ossia un criterio che ovviamente presuppone ed implica l'esistenza di norme positive di competenza che prevedono cioè diversi tipi di fonti e riservino a ciascun tipo una determinata materia, delimitata territorialmente o per settori o per tipo di incidenza della disciplina, alla stregua degli oggetti e degli interessi regolati. In tale ipotesi le eventuali antinomie vanno risolte dando la preferenza alla norma derivante dalla fonte competente e considerando invalida la norma sullo stesso oggetto posta dalla fonte incompetente*”. FRANCO A., *I problemi della coerenza e della completezza dell'ordinamento* in MODUGNO F., op.cit., 181.

¹⁹¹ CELOTTO, op.cit., 122.

Va anche precisato che, secondo una parte della dottrina, il reale sgretolamento della gerarchia¹⁹² e la necessaria introduzione della competenza, è dovuto esclusivamente all'ingresso della Costituzione, nel senso che senza di essa non si sarebbero poste tali problematiche¹⁹³.

Ciò in quanto, il criterio della competenza si poneva anche come il miglior criterio ordinatore delle fonti, maggiormente rispondente al pluralismo istituzionale della produzione normativa¹⁹⁴, nel senso che era inevitabile, con la comparsa di una serie di atti collocati affianco alla legge formale, che si dovesse concepire, accanto alla gerarchia, un criterio che guardasse alla competenza.

Infatti, esso si differenzia da quello della gerarchia che, trovando la fonte principale ed esclusiva nella Costituzione, veniva intesa come gerarchia generale delle fonti e quindi una gerarchia in cui si collocano tutti gli atti e fatti di produzione normativa da qualunque organo provenienti. Diversamente, con la “*tipicizzazione competenziale*”¹⁹⁵, la dinamica della produzione giuridica cambia radicalmente, poiché tante fonti danno vita ad altre fonti secondo il criterio della competenza fino a creare tanti microsistemi normativi, ad es. un microsistema facente capo alla legge statale ed uno alla legge regionale.

Pertanto la competenza sembra un criterio idoneo a rappresentare il rapporto tra disposizioni appartenenti a fonti diverse o a diversi tipi di atti normativi, senza dover necessariamente considerare la “*forza maggiore*” di atti di una certa specie, valorizzando lo spazio dell'attività normativa esercitabile attraverso gli atti di una certa specie, non esercitabile mediante atti di diversa specie; anzi, addirittura il criterio o principio della competenza consente che alcuni atti possano disporre l'abrogazione di disposizioni sorte in virtù di atti di diversa specie¹⁹⁶, in cui la competenza viene indicata in negativo, ovvero essa si estende fin dove non è positivamente determinata la competenza specifica di una fonte diversa.

Il criterio della competenza si sviluppava soprattutto nei rapporti tra regolamenti, essendo ritenuto quello più adatto “*a rappresentare la realtà legislativa costituita da leggi che istituivano ambiti di autonomia normativa riservati*”¹⁹⁷ ed anche rispetto agli statuti degli enti pubblici non territoriali e ai regolamenti governativi¹⁹⁸. Non solo, ma il criterio della competenza, secondo gli interpreti, appare idoneo

¹⁹² Secondo la dottrina, il criterio di competenza, derivando direttamente dalla crisi del principio gerarchico, si distingue in due tipologie: la competenza riconducibile alla separazione per materie e quella ascrivibile alla preferenza della fonte. Alla prima tipologia, cui riferisce il Crisafulli, vengono ricondotte le ipotesi di attribuzione di disciplina a determinati oggetti e materie in via esclusiva a una certa fonte come nell'ipotesi dei regolamenti parlamentari; alla seconda tipologia invece, sono ricondotte le ipotesi in cui vi sia un concorso (sia esso libero o vincolato) tra fonti. Sulla nozione di concorso libero e vincolato si rimanda a MOSCARINI, op.cit., 169 e ss. Invece, per la definizione delle due tipologie di competenza, CRISAFULLI V., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1960 804, RUGGERI, Gerarchia, competenza e qualità, op.cit., 140 ed anche PALADIN, op.cit., 94.

¹⁹³ PASTORE, op.cit., 21.

¹⁹⁴ SORRENTINO, op.cit., 2, e ss.

¹⁹⁵ L'espressione e il pensiero tutto sono dovuti a RUGGERI, op.cit., 97-98.

¹⁹⁶ ESPOSITO, op.cit., 320-321.

¹⁹⁷ BIN, op.cit., par. 8.

¹⁹⁸ RAVA' R., *Gli statuti degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1936, 178.

anche a fondare le c.d. fonti atipiche, come ad es. i Patti Lateranensi che non richiedono, come noto, il procedimento di revisione costituzionale (art. 7 Cost.)¹⁹⁹.

Tuttavia, anche il criterio della competenza ha mostrato quasi subito, una serie di ombre, in quanto il suo unico pregio era quello di evidenziare la difficoltà di ordinare il sistema con il ricorso alla sola gerarchia, ma non individuava in vero un criterio normativo idoneo a “riportare il reale a sistema”²⁰⁰. Inoltre, altro evidente limite del criterio di competenza è dato dal fatto che, nonostante le leggi dello Stato abbiano un limite di competenza (rispetto alle leggi regionali), tuttavia ignorano tale limite occupandosi dell’intera materia e quindi superando la distinzione “*principi*” e “*dettagli*”²⁰¹. Analogamente, altro banco di prova del criterio della competenza è stato quello dei rapporti tra ordinamento interno ed europeo²⁰².

Tale criterio, non sembrava in grado di rappresentare adeguatamente il sistema e soprattutto di risolvere le antinomie che si ponevano tra legge statale e legge regionale, oscillando tra una qualificazione quale criterio formale o sostanziale.

Relativamente a tale aspetto, mentre quello di gerarchia è stato ritenuto un criterio assolutamente formale²⁰³, il criterio di competenza non è stato classificato in modo univoco dagli interpreti.

¹⁹⁹ Sul punto si richiama la disamina di RUGGERI, op.cit., 132 ss., ed anche RUGGERI A., *Fonti e norme nell’ordinamento e nell’esperienza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1993, 186. il quale precisa come in relazione alle fonti ex art. 7 Cost la legge di esecuzione dei Patti Lateranensi, preceduta da accordi tra le istituzioni, è una fonte che si differenzia rispetto al tipo ordinario ma anche capace di creare una sua autonomia costituzionalmente garantita alla Confessione cattolica. Non solo, ma anche nel pensiero di Crisafulli le fonti atipiche testimoniano “*l’incapacità del criterio della gerarchia di risolvere in unità il sistema delle fonti e spa dell’esigenza di affiancare al criterio gerarchico un diverso criterio quale quello di competenza, in grado di rappresentare i rapporti tra le fonti in senso orizzontale e non verticale*” CRISAFULLI, op.cit., 212 e 234. Nel tempo la nozione di fonti atipiche evolve verso l’idea di una categoria comprensiva “*di tutte le espressioni del potere legislativo ordinario, inteso, non più come insieme di atti uniformi di grado primario, ma quale insieme eterogeneo di fonti specializzate secondo la qualità della materia su cui incidono*”. Modugno, op.cit., 40.

²⁰⁰ BIN, op.cit.

²⁰¹ Relativamente alle problematiche della competenza legislativa dello Stato e delle Regioni, si rinvia a Bin, op.cit., ma anche a FLORIDIA G.G., *Fonti regionali e sistema delle fonti*, in *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo*, a cura di G.F. FERRARI E G. PARODI, Padova, Cedam, 2003, 33, 35 s. e BARTOLE S., *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e regioni*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1971, 84 ss.

²⁰² Come noto, originariamente quello interno e quello allora definito come “*comunitario*” oggi europeo, erano ritenuti rigidamente due ordinamenti distinti (visione dualista), in cui il nostro ordinamento era impermeabile alle sollecitazioni ed influenze provenienti dall’Europa. Ciò in osservanza di una visione della sovranità fortemente accentrata. Tuttavia la Costituzione lasciava due “*porte aperte*”, ovvero gli artt. 10 comma 5 e l’art.11 (solo successivamente, con la riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, si sarebbe aggiunto anche l’art. 117 comma 1). Mediante l’art. 11 Cost., sono entrati a far parte delle nostre fonti anche gli provenienti dal diritto europeo, poiché è stato sancito il principio della prevalenza del diritto UE su quello interno, attraverso l’interpretazione della Corte di giustizia. Piano piano i due ordinamenti si sono sempre più compenetrati e il dialogo tra le fonti è stato orientato, dai giudici della Corte Costituzionale dapprima, al criterio cronologico, poi, per trovare un compromesso con la necessaria *primauté* europea sancita dalla Corte di Giustizia, si è passati al criterio gerarchico nel senso che le norme interne contrastanti con una norma UE dovevano essere impugnate dinnanzi alla Corte Costituzionale per violazione “*indiretta*” dell’art. 11 Cost. contravvenendo agli impegni assunti dall’Italia con la ratifica del Trattato UE. Solo successivamente, di fronte all’inadeguatezza anche del criterio gerarchico, con la sentenza *Granital* la Corte Costituzionale optò per il criterio della competenza. In tal senso i due ordinamenti erano ritenuti autonomi e separati, ognuno con il proprio sistema di fonti e quindi il conflitto tra fonti interne e fonti UE è solo apparente perché ogni norma è valida nel proprio ordinamento ed è solo il Trattato che indica le competenze e quindi, se c’è antinomia, è il giudice interno che accerta se, in base al trattato, nella specifica materia sia competente l’ordinamento UE o quello interno, applicando quindi la norma dell’ordinamento competente.

²⁰³ per tutti sul punto CRISAFULLI, op.cit., 775 e 780.

Kelsen,²⁰⁴ per tutti, aveva ritenuto il criterio della competenza formale mentre altri interpreti²⁰⁵, lo avevano ritenuto sostanziale. Diversamente, altra dottrina²⁰⁶, concluse per ritenerlo un criterio c.d. misto, ovvero composto da elementi di forma e di sostanza insieme, tra loro bilanciati e dalla cui sintesi è possibile comprendere meglio la dimensione delle fattispecie normative.

Non solo, ma si sono sin da subito posti dei quesiti in merito alla ricerca del fondamento di tale tesi, ovvero sulla base di quale *ratio* atti di una certa specie godono di una sfera più estesa di competenza rispetto ad atti di diversa specie. Ciò presuppone necessariamente che vi siano delle norme sulle fonti gerarchicamente sovraordinate che dettino il criterio secondo cui alcune specie godono di un'area di competenza più diffusa rispetto ad altre specie. In tal modo, tornerebbe ad avere una necessaria rilevanza il criterio gerarchico. Sul punto, la dottrina²⁰⁷, ha precisato che il criterio di competenza si affianca a quello gerarchico senza mai necessariamente sostituirlo, anzi i due si devono necessariamente compenetrare²⁰⁸. In tal senso, se si segue il criterio gerarchico quando la Costituzione, le leggi costituzionali, le leggi ordinarie statali, i regolamenti e le consuetudini si susseguono in un ordine c.d. decrescente di forza, mentre in altre ipotesi, come ad es. in presenza di leggi regionali, gerarchia e competenza, si compenetrerebbero in un unico criterio misto²⁰⁹.

Ed ancora, altra dottrina, Esposito, in parziale contrapposizione alla precedente, precisa che non sono le norme sulla produzione a rendere normativi atti e comportamenti, ma questi ultimi sono dotati di una loro naturale capacità normogena per cui le norme sulla normazione “*delimitano la produzione normativa, ma non la rendono giuridicamente possibile*”. L'attività normativa esercitabile mediante atti di una specie rispetto ad un'attività normativa esercitabile mediante atti di specie diversa, risulta solo a seguito di un'effettiva attività normativa non efficacemente contestata. Quindi per quest'ultima dottrina, in presenza di una regolamentazione parziale di una certa materia con legge costituzionale, il divieto per le leggi ordinarie di derogarvi è da ricostruire come sottrazione

²⁰⁴ Kelsen H., *La garantie jurisdictionelle de la Constitution*, in Rev. Dir. public, 1928, 206 come anche Eiserman, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche Paris*, 1928, 17.

²⁰⁵ Modugno, op.cit., 267 ss e ancor prima di lui Schack, *Die Prüfung der Rechtsmassigkeit von Gesetz und Verordnung*, Berlin, 1928, 28 ed Esposito, op.cit., 162.

²⁰⁶ Ruggieri, op.cit., 105 e ss.

²⁰⁷ In realtà, Paladin, ha precisato che la tesi di Crisafulli è in fondo condivisa da Esposito, laddove quest'ultimo fa prevalere il criterio di competenza sull'idea che alcune fonti sino dotate di superiorità rispetto ad altre, con la sola eccezione delle norme costituzionali che prevedono “*le competenze stesse*”. Paladin L., *Le fonti del diritto*, in *Atti del Convegno nazionale su Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Facoltà di giurisprudenza, Università di Macerata, Milano, 1993, 54.

²⁰⁸ Diversamente, sulla riconducibilità della gerarchia alla competenza, Modugno afferma che ciascuna fonte si pone nel sistema come fonte atipica rispetto alle altre, dando luogo così ad una serie indeterminata di rapporti che sfuggono ad una logica solo gerarchica. Moscarini, op.cit., 175-176; diversamente, sull'assorbimento del criterio gerarchico in quello della competenza, per il prevalere del concetto secondo cui ad ogni fonte va attribuito un proprio spazio o ambito di competenza che agisce sul piano della validità degli atti “*travolgendo anche l'efficacia*” una volta che l'invalidità venga fatta valere nelle sedi competenti, vedi Moscarini, op.cit., 176.

²⁰⁹ in tema di aree miste e di competenza concorrente si richiama Sorrentino F., Caporali G., voce *Legge* (atti con forza di) in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IX, Torino, 1994, 120 e 122.

dalla competenza per la porzione di materia disciplinata con legge costituzionale; diversamente, per la dottrina precedente, il divieto di disciplinare quella materia trova la propria *ratio* nella superiorità della legge costituzionale sulla legge ordinaria e quindi se le norme ordinarie richiamano quanto già disciplinato con legge costituzionale, esse sarebbero valide e se venisse abrogata la norma di rango costituzionale, esse entrerebbero in vigore. Invece, secondo la tesi della competenza c.d. pura formulata da Esposito, una volta abrogata la legge costituzionale, le norme ordinarie che ripetano anche parzialmente la normativa costituzionale non avrebbero una reale efficacia e ciò renderebbe più agevole, in ipotesi di concorso tra atti normativi in concreto distintamente competenti, spiegare la c.d. riserva relativa di legge che appunto implica il concorso tra atti normativi diversi, ad es. tra leggi regionali e leggi statali in materie di competenza, sia concorrente, sia trasversale.

Tuttavia, il Paladin²¹⁰, precisa che, tanto Esposito, quanto Modugno, hanno argomentato che *“tutte le fonti sarebbero sistemabili in vista delle funzioni normative rispettivamente attribuite”*, nel senso che ciò potrebbe realizzarsi compiutamente ritenendo che la Costituzione sia la sola, posta al vertice del sistema, che determinerebbe gli ambiti di normazione spettanti alle altre fonti e quindi essa sarebbe provvista della *“competenza della competenza”*²¹¹. Quindi, ogni fonte sarebbe competente, ma nei limiti tracciati dalla Costituzione e potrebbe per questo istituire a sua volta minori competenze normative a vantaggio di fonti subordinate. I limiti di tale impostazione risiedono nella preesistenza, in Costituzione, di rapporti gerarchici ovvero *“la forza di legge”* ed *“il valore di legge”*. Inoltre, il fatto che una fonte possa fissare le competenze esercitabili da altre fonti (es. rapporto tra legge e regolamento dell'esecutivo), pone tali fonti in un rapporto che non è tanto dissimile da quello di gerarchia. Pertanto, a tal proposito si può richiamare la teorizzazione di Zagrebelsky della *“gerarchia delle competenze”*²¹².

Alcuni esponenti della dottrina, tentarono anche di conciliare i due principi, quello gerarchico e quello della competenza, in particolare nel rapporto tra regolamenti governativi ed atti di autonomia, secondo cui *“ci limitiamo ad osservare come, per regola generale, i regolamenti emanati con decreto del Capo dello Stato devono ritenersi fonti superiori a qualunque altra legge materiale; per questo gli statuti e i regolamenti degli enti minori non possono essere contrari non solo alle leggi, ma neppure ai regolamenti governativi. Conviene però aggiungere che questi ultimi, a lor volta, non possono modificare le dette norme o prendere il posto di queste, senza violare l'autonomia degli enti cui spettano”*²¹³.

²¹⁰ PALADIN, op.cit., 84-85.

²¹¹ ESPOSITO C., *Consuetudine* (diritto costituzionale), in Enc. dir., IX, Milano, 1961, 620. MODUGNO F., *L'invalidità della legge*, II, Milano, Giuffrè, 1970, 19.

²¹² ZAGREBELSKY, op.cit.

²¹³ ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, 8a ed., Milano, Giuffrè, 1958, 80.

Non solo, ma nella trattazione di Ruggeri²¹⁴, viene dedicato un enorme sforzo in tale direzione: egli infatti, parte dalla premessa secondo cui ormai nessun ordinamento può essere spiegato solo alla luce del criterio gerarchico, laddove ciascun ordinamento ormai è caratterizzato dalla “*molteplicità tipologica delle fonti*”, nel senso che gli ordinamenti sono sempre più a spiccato carattere pluralista da un punto di vista normativo e quindi la portata del criterio gerarchico si ridimensiona cedendo il posto sotto il profilo di validità ed efficacia, alla competenza. Tuttavia per spiegare la relazione ad es. tra i tre tipi classici di fonte ovvero Costituzione, legge e regolamento, così come per comprendere “*il fondamento e valore di ogni fonte del diritto*”, si deve ricorrere al criterio della gerarchia e quindi la competenza può intervenire solo sul piano dell’efficacia, ma una volta che le fonti siano “*gerarchicamente ordinate e costituzionalmente tipizzate*”, allora è evidente che secondo Ruggeri, vi è la necessità per l’ordinamento della reciproca integrazione tra i due criteri, dovendo dare ciascuno il proprio apporto alla definizione della fenomenologia giuridica in genere e “*normativa in particolare*”. Tuttavia, ben presto vennero in luce i limiti della teoria della competenza che risolveva eventuali antinomie, ad es. tra leggi statali di principio e leggi regionali di dettaglio in cui in concreto vi era una preferenza per la legge regionale di dettaglio. Ciò conduceva a ritenere che il principio di competenza, non andasse identificato come una riserva di competenza ma come “*principio di competenza concorrenza*” secondo cui la prevalenza della fonte successiva sulla precedente (dovuta alla concorrenza tra le fonti) va equilibrata con la prevalenza della fonte competente a disporre nel dettaglio. In tal senso se è vero che il criterio della competenza diventa anche un criterio metodologico per la soluzione di conflitti inter-ordinamentali, ciò non basta a disancorare il sistema delle fonti dallo schema gerarchico, proponendo una costruzione alternativa del sistema basata su uno schema circolare in cui ogni atto normativo è capace di regolare la propria validità²¹⁵.

Va considerato anche, quando si discute di gerarchia e di competenza, che in un regime di rigidità costituzionale, un minimum di gerarchia è necessario²¹⁶ nel senso che deve esserci un criterio ordinatore della pluralità delle fonti, ma esso, non risulta del tutto sufficiente e ha bisogno di un criterio di competenza innestato però “sul tronco gerarchico” che ne consenta l’utilizzazione non più come una struttura necessaria²¹⁷, ma da adattare al singolo ordinamento.

Pertanto, come affermato dal Bin²¹⁸, nei rapporti tra le norme, si distinguono: (i) il criterio della gerarchia che opera con riferimento ai requisiti formali degli atti (la legge, gli atti con forza di legge, i regolamenti), con i limiti già richiamati; (ii) il criterio cronologico, che opera sul piano dell’interpretazione, quindi tra le tra norme, ma non basta a risolvere i problemi del sistema delle

²¹⁴ RUGGERI, op.cit., 240 ss.

²¹⁵ Tale teorizzazione si deve a ESPOSITO C., *Consuetudine* (diritto costituzionale), in Encicl. Dir. IX, 456, 466.

²¹⁶ RUGGERI, op.cit., 90-91.

²¹⁷ Nel senso kelseniano di *allgemeingultig*.

²¹⁸ BIN, op.cit., 21.

fonti. Infine, anche il criterio della competenza, sorto con precipuo riferimento al rapporto tra atti (per es., tra legge statale e legge regionale), viene per lo più riferito ai rapporti tra i contenuti degli atti, cioè le norme.

Pertanto, i limiti dei criteri richiamati si osserva che siano adeguati per estensione e per intenzione²¹⁹: infatti, da un lato, sotto il profilo dell'estensione, essi non ricostruiscono in modo veritiero la realtà normativa poiché per rappresentare il sistema normativo in modo veritiero sono necessari strumenti che i due criteri non contemplano direttamente, vale a dire le riserve che servono per spiegare non solo la competenza, ma anche e soprattutto gli atti esclusi dalla riserva; le fonti atipiche che, per le loro specificità, non possono essere costrette da questi due criteri. L'insufficienza di essi è evidente anche da un punto di vista intenzionale perché non colgono le sfumature che rendono i casi uno diverso dall'altro, nel senso che non sono oggi adatte delle nozioni "pure" di gerarchia e di competenza, ma servono altri elementi come avviene ad esempio tra leggi statali e regionali, tutte subordinate alle leggi costituzionali e agli obblighi europei: tra loro non sussiste un rapporto orientato solo guardando a gerarchia e competenza, ma che guarda alla specifica relazione che si pone non solo tra quelle due fonti, ma anche tra esse e le fonti subordinate il cui rapporto non si riduce solo in termini di competenza e di gerarchia appunto.

Va anche considerata la posizione di chi ritiene che il criterio gerarchico è ancora possibile, solo in alcuni casi, ma assolutamente inattuale in altri (ad es. tra lo Stato e le Regioni, o anche nei rapporti tra i poteri dello stato)²²⁰, mentre la competenza è ancora possibile per comporre antinomie solo in ambiti specifici (rapporto fonti UE –fonti interne), ma non è in grado di imporsi come criterio risolutivo dei contrasti in altri ambiti.

Tuttavia, a voler ritenere che essi siano indispensabili per ricostruire un sistema o quanto meno un'idea di architettura delle fonti, più o meno complessa, si potrebbe ritenere che tutti i criteri possano essere, come poi avviene nella prassi, utilizzati per definire le modalità con cui ogni possibile "sistema" si costruisce²²¹. Come affermato dalla dottrina, si tratta di un "*processo lento e*

²¹⁹ Sul punto si richiamano le riflessioni di RESCIGNO U., *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. Pubblico*, 2002, I, 801 e ss.

²²⁰ PARISI S., *La gerarchia delle fonti- Ascesa, declino, mutazioni*, Napoli, Jovene, 2012, 353. Aggiunge Ruggeri che per i rapporti tra Stato e regioni si debba richiamare un diverso criterio ovvero il criterio dell'integrazione secondo cui appunto le competenze non andassero immaginate in un'ottica di separazione, bensì di integrazione, unica via rappresentare la mobilità delle relazioni internormative. RUGGERI, op.cit., 13 e 20.

²²¹ Infatti, una parte della dottrina, afferma che sia gerarchia sia competenza risultano criteri necessari poiché "la gerarchia ha sempre un potere conformativo rispetto al criterio della competenza, nel senso che qualora si neghi alla gerarchia il rango di criterio ordinatore delle fonti, le si riconosce tuttavia operatività all'interno dei singoli microsistemi costituenti espressione del principio di competenza". MOSCARINI, op.cit., 174 che richiama sia CRISAFULLI, op.cit., 802 e anche Ruggeri che richiama la nozione di microsistema in cui, a suo parere, i rapporti con le fonti secondarie sono di tipo gerarchico, mentre tra microsistemi i rapporti sono di competenza", RUGGERI, op.cit., 98.

*costante, frutto di stratificazioni successive, che rielaborano in forma teorica le modificazioni che di fatto subisce l'ordinamento giuridico*²²².

Per completezza di indagine, è opportuno soffermare l'attenzione, oltre che sull'intrecciarsi dei criteri della gerarchia e della competenza, anche del rapporto di quest'ultimo con il principio di sussidiarietà²²³. Ciò in quanto tale principio ha inciso notevolmente sull'operare del criterio della competenza poiché *“da un lato esalta la componente pluralistica già intrinseca al principio di competenza, dall'altro distoglie l'attenzione dai profili di titolarità dei poteri per concentrarla sul mero esercizio delle funzioni, considerate nel loro dinamismo, nel concreto operare ed intrecciarsi con competenze parallele di organi diversi, tutti abilitati ad intervenire sui medesimi oggetti”*²²⁴.

Il principio di sussidiarietà, ormai elevato a rango di principio costituzionale²²⁵, oltre che europeo, impatta sul sistema delle fonti in modo evidente, sia al livello delle autonomie, sia della legge statale²²⁶. In tal senso, la competenza come criterio di risoluzione delle antinomie ed al contempo ordinatore del sistema delle fonti in rapporto con la gerarchia, va posto in relazione con il principio di sussidiarietà ed è opportuno indagarne il rapporto.

Il principio di sussidiarietà si contrappone al criterio della competenza in quanto privilegia il livello di azione *“più adeguato al perseguimento dello scopo”* ovvero tale principio, scardinando il sistema delle competenze amministrative, ha introdotto una regola che collega competenza e raggiungimento di uno scopo mediante il ricorso al livello di potere più adatto al perseguimento dello scopo e più vicino ai rappresentati. Pertanto sembra evidente come oggi più che di competenza-separazione vi sia la competenza-concorrente di più fonti sulle medesime materie e quindi la tendenza dell'ordinamento a *“sostituire i dispositivi di competenza con i dispositivi di sussidiarietà”*²²⁷.

Sulla capacità del principio di sussidiarietà di poter ordinare il sistema delle fonti, la dottrina sembra propendere per la sua idoneità a *“dominare la realtà e l'effettività dei sistemi normativi”*²²⁸, ma combinandosi con il criterio della gerarchia e sostituendo i dispositivi di competenza con quelli di sussidiarietà.

²²² BIN, op.cit.

²²³ Sul principio di sussidiarietà nel nostro ordinamento, esso si è costituzionalizzato con l'inserimento nel sistema delle fonti dall'alto, quale conseguenza dell'integrazione europea (introduzione art. 3 B Trattato di Maastricht) e dal basso come esito delle trasformazioni federali dell'ordinamento. MOSCARINI, op.cit., 324.

²²⁴ MOSCARINI A., *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, Cedam, 2003, 124.

²²⁵ La Corte costituzionale con sentenza n. 408 del 1998 ha conferito a tale principio la qualifica di principio generale dell'ordinamento avendo la capacità di rinnovare il vecchio riparto delle materie con *“una coerente collocazione dei compiti amministrativi tra i diversi livelli territoriali di governo”*.

²²⁶ Afferma Moscarini che *“la legge statale retrocede a fonte dotata di competenza residuale, si autolimita e assurge a regola delle negoziazioni per favorire l'emergere di fonti più vicine agli interessi in concreto coinvolti”*. MOSCARINI, op.cit., 124, ma anche MODUGNO F., *Legge in generale*, in Enc.dir. XXIII; Milano, 1973, 872 ed anche *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 1999, 25 e ss.

²²⁷ MOSCARINI, op.cit., 326 la quale rintraccia tale fenomeno nel modello di competenze amministrative dell'art. 118.

²²⁸ MOSCARINI op.cit., 332-333.

Ormai sembra sempre più seguita la tesi secondo cui bisognerebbe iniziare a ragionare in termini di prospettazione “*multilivello*” delle fonti, ovvero ritenendo il sistema formato da livelli visibili, sia relativamente alle relazioni inter-ordinamentali tra le fonti, sia di diritto interno ove le fonti di un livello sono costrette a prestare osservanza alle fonti di un altro e quindi a ricorrere, inevitabilmente, al criterio gerarchico. In questa nuova impostazione, diventa inadeguato immaginare una scala gerarchica fatta di “*gradi*”, poiché una gerarchia nella dimensione “*multilivello*”, vede ridotta la distinzione in gradi: le categorie di fonti primarie e secondarie non sono più adeguate, ma quasi soffocanti di una realtà che deborda da qualsiasi schematizzazione e sistemazione e quindi in grado di concepire anche le fonti sub-primarie come fonti non ben classificabili. In tal modo la gerarchia multilivello risponde meglio all’avvento delle nuove fonti perché non agisce più come una gerarchia secondo forma, bensì secondo valore. Ciò è avvenuto ad es. nei rapporti tra le fonti dell’UE e le fonti di diritto interno, ove il carattere della forma diviene assolutamente recessivo, nel senso che il loro ingresso nel nostro ordinamento avviene mediante la conversione di una norma di valore (art. 11 Cost.), in una norma sulla produzione giuridica e ciò si riflette sulle norme interne serventi le norme sovranazionali indipendentemente dalla loro forma e piuttosto in relazione alla funzione assoluta quali strumenti che diventano indispensabili alla produzione di effetti da parte del diritto sovranazionale. Se si applicasse questa teorizzazione a tutti gli atti (regolamentari e sub-legislativi in genere), finalizzati ad innovare il sistema, al di là della forma, valorizzando di ogni fonte i connotati strutturali e funzionali, si avrebbe una nuova normazione non più per atti singolarmente osservati e posti nella scala gerarchica secondo la loro forma, bensì in una visione dinamica della c.d. normazione per risultati²²⁹ in cui il posto di ogni fonte può cambiare in base alle relazioni delle fonti tra loro e rispetto al loro insieme. Allora, in osservanza di questa ultima riflessione, si potrebbe già dare una prima risposta al quesito di fondo del presente lavoro, ovvero la compatibilità della soft law interna con il nuovo sistema delle fonti²³⁰. Tuttavia, la strada per trovare la risposta a tale quesito, è ancora lunga.

3. Dalla piramide alla rete e all’arcipelago: un nuovo assetto delle fonti del diritto.

Nelle pagine che precedono abbiamo osservato che il criterio classico della gerarchia, che inquadrava il sistema delle fonti all’interno di una costruzione *ordinata e monolitica*, non risulta più

²²⁹ RUGGERI, op.cit., 2 e ss.

²³⁰ Secondo Moscarini ormai il sistema delle fonti è sempre più caratterizzato dalla perdita di centralità dei concetti tradizionali di stato e sovranità, anzi è denso di una riorganizzazione delle fonti che non sembra essere riconducibile secondo la classica idea di sistema poiché esse rappresentano sempre più un’organizzazione tecnocratica ed economica piuttosto che politica. MOSCARINI, op.cit., 332.

idoneo a rappresentare la realtà delle fonti presenti nell'ordinamento²³¹, neppure componendosi con la teoria della competenza.

Pertanto, secondo gli interpreti, non è più possibile identificare il sistema delle fonti nell'immagine della piramide²³², espressione della visione verticistica del diritto fondata sulla volontà del produttore della norma e sul suo atto di produzione e basata sul principio della supremazia della legge²³³. Ciò proprio perché la piramide oggi sarebbe una figura più “*complessa e disarmonica*”²³⁴, caratterizzata da “*scalini affollati e sconnessi*”²³⁵, in quanto i rapporti tra gli atti normativi non sono più orientati secondo linee ascendenti e discendenti. Si tratterebbe di una piramide “*inachevees*”²³⁶, ovvero inattuale ed incompleta, definita quasi come una figura mitologica del diritto²³⁷.

Con l'avvento della Costituzione, che completa la piramide, la gerarchia viene in parte riscritta²³⁸, ma il fatto che la Costituzione sia al contempo ultimo gradino e disciplina delle fonti, mette in crisi il sistema poiché si determinano rapporti tra gli atti normativi che non possono essere letti limitatamente alla *visuale* gerarchica, ma vanno compresi in una visione dinamica più ampia rispetto al rapporto tra “norma superiore e norma inferiore”²³⁹. La disarticolazione in tipi di atti normativi, non riconducibili ad uno schema generale e diversi per forma ed efficacia, arricchisce il livello costituzionale così come il livello primario (in cui in particolare la legge si scinde in tipi diversi sotto

²³¹ Nel paradigma della piramide trova spiegazione solo una parte del diritto odierno “*ma non tutto*”. LOSANO M., *Diritto turbolento: alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in Rivista internazionale di filosofia del diritto, 2005, 427. Ciò, in quanto, la visione di Kelsen era pensata per lo Stato nazionale sovrano del XIX secolo e della prima metà del XX. Dalla metà del XX il modello statocentrico è stato messo in crisi dallo sviluppo dei poteri pubblici internazionali e dagli organismi sovranazionali. Rispetto alla crisi dello stato si rinvia per una trattazione completa a CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

²³² L'immagine della piramide trova la sua prima e più precisa configurazione nella teorizzazione gradualistica Kelseniana. La sua dottrina pura del diritto con l'idea di un'articolazione a gradi, fornisce un modello formale di gerarchizzazione delle norme giuridiche. Tale articolazione appare prima di tutto coerente (nel senso che la piramide comprende solo ciò che è tra la base e il vertice), completa (la piramide delimita tutto quanto è compreso tra vertice e base), unita (il sistema concatena tutti gli elementi che lo compongono e ha nel suo vertice il punto in cui confluiscono gli elementi sottostanti). In tale teorizzazione vi è la “bivalenza” di ciascuna norma per cui, se si esclude la prima e l'ultima, le norme si dispongono in una loro concatenazione produttiva in base a cui ciascuna norma è valida perché conforme a quella superiore e sta a fondamento della validità di quella inferiore. Tale visione non è idonea a rappresentare l'attuale proliferazione e frammentazione delle fonti, oltre che l'osmosi tra gli ordinamenti. KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello stato*, 1945, Milano, Etas, 1994, 133-136; KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, op.cit., 263-264 ed ancora BOBBIO N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, 91-102 ed anche LOSANO M.G., *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in Rivista internazionale di filosofia del diritto, LXXXII, 2005, 407-410.

²³³ GROSSI P., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, 2006, 265.

²³⁴ PINO, op.cit., 7.

²³⁵ PASTORE, op.cit., 27 che ritiene la piramide una metafora avente ormai solo “*una preminenza storica e culturale*” e anche BIN R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, Milano, FrancoAngeli, 2013, 8-12; 16-17.

²³⁶ Tale espressione si deve a AMIRANTE C., *I diritti umani fra legislazione e giurisdizione*, in *La protezione dei diritti fondamentali* (a cura di) GAMBINO S., Milano, Giuffrè, 2004, 179.

²³⁷ GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, 8, 16, che considera l'idea della gerarchia delle fonti, insieme al primato della legge, appunto come esempi di tali mitologie. Si veda anche BIN R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, Milano, FrancoAngeli, 2013, 8-12, 16-17.

²³⁸ Sulla “riscrittura” della gerarchia delle fonti, vedi PASTORE B., *Le fonti e la rete; il principio di legalità rivisitato*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola al potere*, Napoli, Jovene, 2009, 257-279.

²³⁹ MODUGNO F., *Fonti del diritto (gerarchia delle)* in Enc. Dir., Agg., I, Milano, Giuffrè, I, 1997, 564.

il profilo formale e sostanziale). Ancora si arricchisce il livello secondario nel quale gli atti, dotati di una forza attiva e passiva minore di quella della legge, si qualificano nel rapporto con essa “riassunto nella formula del principio di legalità”²⁴⁰.

In particolare è il livello secondario quello che viene maggiormente stravolto nella sua unità tipologica centrata sul solo regolamento. Diversamente, tra le fonti secondarie si impongono fonti che completano la fonte primaria, mediante il rinvio, “nuovi regolamenti?” come ad esempio quelli delle autorità indipendenti che sono parzialmente “armonizzati con gli atti governativi”²⁴¹. Correlativamente, va richiamato il fenomeno delle fonti esterne che non riescono a stare dentro le maglie della gerarchia e finiscono per erodere l’ordine gerarchico, così come il fenomeno dei processi di internazionalizzazione e globalizzazione che fanno emergere un nuovo diritto transnazionale estraneo “alla ratio della sovranità”²⁴².

Gli interpreti²⁴³, preso atto di ciò, e in osservanza dell’ormai fluire incessante ed incontrollabile delle relazioni di mercato nell’era della globalizzazione e del pluralismo²⁴⁴ che mostra l’inadeguatezza dei modelli classici di fonte, non più in grado di rappresentare e normare tutta la varietà del reale, hanno proposto altre immagini per spiegare il sistema delle fonti.

Il superamento della piramide risente anche dell’evoluzione storica e politica. La visione di Kelsen era pensata per lo Stato nazionale sovrano del XIX secolo e della prima metà del XX secolo. Dalla metà del XX il modello *statocentrico* è stato messo in crisi dallo sviluppo dei poteri pubblici internazionali e dagli organismi sovranazionali. La crisi dello Stato quindi implica che da una parte la sovranità viene condizionata dall’avvento degli organismi e delle istituzioni superiori e così anche l’esercizio delle proprie funzioni da parte degli Stati non è più esclusivo, ma condiviso con altri organismi. Inoltre sia gli organi esecutivi sia gli organi giudiziari devono eseguire e decidere considerando anche gli organismi internazionali e sovranazionali²⁴⁵. Si determina un nuovo assetto dei poteri pubblici che assume l’aspetto di un ordinamento a più livelli o a rete dove alla moltiplicazione ed espansione dei poteri pubblici non ha fatto riscontro una loro gerarchizzazione, anzi i poteri si sovrappongono e si intrecciano sempre di più. Quindi il sistema viene rappresentato,

²⁴⁰ Secondo cui è necessaria un’attribuzione legislativa di potere normativo e una configurazione della legge come parametro di legittimità del regolamento, in quanto atto subordinato. Sul punto CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, in “Enciclopedia giuridica”, XVIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, 2.

²⁴¹ PASTORE, op.cit., 23.

²⁴² PASTORE, op.cit., 25. Tale nuovo sistema quindi non è più espressione di un unico centro di autorità ma risultato di interrelazioni instabili fra molteplici tipi di autorità, o pretese di autorità situati in differenti luoghi o in differenti processi all’esterno o all’interno dello Stato stesso. VIOLA F., *Rule of law, Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011, 144.

²⁴³ Si deve ad AMIRANTE, op.cit., 179 il ricorso ad espressioni quali appunto *arcipelago, policentrismo, struttura reticolare, compenetrazione coordinazione, rete, interlegalità, camaleonte* che esprimono proprio la varietà dei modi di produzione normativa e quindi la connaturata difficoltà di fornire agli interpreti delle coordinate.

²⁴⁴ PINO G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, 19 ss.

²⁴⁵ Per una trattazione completa: CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002

in una caratterizzazione altamente plurale²⁴⁶, non più come una piramide²⁴⁷, bensì come una rete²⁴⁸, un arcipelago²⁴⁹, un edificio barocco²⁵⁰ o uno specchio frantumato²⁵¹.

Con l'immagine della rete si evoca un'idea attuale del sistema pluricentrico e pluralista, definita come una rete “*a maglie di acciaio*” (rispetto ai rapporti con le norme internazionali ed europee e con le norme di soft law)²⁵² che ramifica i rapporti tra le norme, mantenendo tuttavia l'idea di un'unità laddove la rete mantiene tutte le norme tra loro legate in un dialogo continuo.

A differenza della piramide che implicava i rapporti di gerarchia “*impliciti nella ripartizione statica delle competenze e nell'unidirezionalità delle relazioni tra regola e regolato*”, la rete indica una vera moltiplicazione dei poteri pubblici in cui vi è una vera e propria interdipendenza tra i diversi snodi della rete.²⁵³

È proprio la metafora della rete, intesa come un sistema che crea interrelazione tra gli ordinamenti, quella maggiormente rispondente a rappresentare la realtà attuale del pluralismo degli ordinamenti giuridici nella loro sempre più stretta interazione in cui il senso dell'unità si sta sempre più perdendo e il sistema delle fonti appare sempre più assimilabile all'immagine di uno specchio infranto²⁵⁴.

La nuova struttura, ovvero quella della rete, risulta caratterizzata da una fitta trama di interconnessioni ed intrecci normativi²⁵⁵, non riconducibili ad un vertice, in cui non è più lo Stato la fonte della sovranità, ma essa si distribuisce tra i vari poteri pubblici e i privati creando diversi centri di produzione normativa, anche di delegazione dell'esercizio del potere normativo. Quanto

²⁴⁶ OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica*, in *Sociologia del diritto*, XXIV, n.1, 1997, 5 ss. ed anche RENTERIA DIAZ A., *La rete delle fonti del diritto* in *Teoria e pratica delle fonti del diritto*, Roma, Carocci, 2008, 124.

²⁴⁷ Oltre che nella dottrina costituzionalistica, si ricorda che anche nel diritto penale è stato ricostruito il passaggio dalla piramide verso la rete o l'arcipelago. VOGLIOTTI M., *Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau?*, in *Rev. sc. crim.*, 2002, 721 ss.; DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004, Milano, Giuffrè, 145 ss.; MANES V., *Il giudice nel labirinto*, Dike, 2012; e SOTIS C., *La “mossa del cavallo”*. *La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 464 ss., che, “*muovendo dalla fisiologica incoerenza tipica di un sistema a rete, mostra come il sistema, attraverso opportune “mosse del cavallo”, tenti di gestirla*”. Sul ruolo dell'arcipelago delle fonti secondarie nella definizione dell'illecito. MANES V., *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate tra riserva politica e specificazione tecnica*, in *Riv. Ita diritto e procedura penale*, 2010, 84 ss.

²⁴⁸ Sull'immagine della rete si richiamano per tutti OST F., *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?* In M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008 ed anche PASTORE B., *op.cit.*, 257-279.

²⁴⁹ L'immagine dell'arcipelago si deve a TIMSIT G., *Archipel de la norme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997; PREDIERI A., *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra stato e comunità europea*, in AA.VV., *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1991, 115 ed anche ZACCARIA G., *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in “*ragion pratica*”, 22, 2004, 93-120.

²⁵⁰ L'immagine dell'edificio barocco si deve a SILVESTRI G., “*Questa o quella per me pari sono...*” *Disinvoltura e irrequisitezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in AAVV, *Le fonti del diritto, oggi, giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, Plus, 2006.

²⁵¹ MOSTACCI, *op.cit.*, 35.

²⁵² L'espressione è di ALGOSTINO F., *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?* In *Costituzionalismo.it*, fasc. 3, 2016, 3. LOSANO G., *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in *Riv. Internaz. Fil. Dir.*, 2005, spec. pp. 427 ss.; ROSSI P., (a cura di), *Fine del diritto?* Bologna, Il Mulino, 2009.

²⁵³ PAGALLO U., *Introduzione a Prolegomeni d'informatica giuridica*, Padova, Cedam, 2003, 29.

²⁵⁴ L'espressione dello specchio infranto si deve a Mostacci. MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008, 36 e ss.

²⁵⁵ Ancora una volta, centrale è il pensiero di OST, *op.cit.*, 32-37, ma anche CATANIA A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'era globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, 79.

detto implica all'evidenza una serie di intrecci complessi che rendono incerto il nuovo quadro normativo che non ha più un vertice e una base (come era nella piramide), ma si espande in moltissime direzioni verso le quali i processi giuridici creano una complessa interazione di diversa intensità.

Dopo aver analizzato la metafora della fonte, soffermiamo l'attenzione su quella dell'arcipelago.

Si deve a Timsit²⁵⁶, la creazione della metafora dell'arcipelago di fonti, utilizzata, in origine, soprattutto dal Predieri²⁵⁷, per designare il risultato della problematica coordinazione fra ordinamento intero ed ordinamento europeo, ritenendo quindi il sistema non necessariamente mobile e composto di diversi strumenti normativi, caratterizzato da una profonda fluidità, variabilità ed instabilità oltre che dal sempre più crescente rischio di antinomie tra fonti²⁵⁸.

Tale arcipelago viene descritto da altra dottrina come un arcipelago "*mobile di fonti in competizione tra loro*"²⁵⁹, fluido, con equilibri provvisori in cui le antinomie sono frequenti e i confini tra le fonti mai netti tanto che per definirli è necessaria una sempre costante opera di raccordo.

Sul punto, se è vero che il sistema delle fonti si atteggia come un arcipelago, gli interpreti, ne hanno individuato il carattere peculiare nella presenza di gerarchie aggrovigliate in cui "*l'organo inferiore, che secondo la logica gerarchica dovrebbe svolgere una funzione meramente passiva, contribuisce insieme all'organo superiore alla creazione della norma*"²⁶⁰.

Infatti, come affermato da Modugno²⁶¹ che sembra unificare le due immagini dell'arcipelago e della rete, ormai si sta assistendo ad una vera e propria sostituzione della rappresentazione del sistema delle fonti, "*un tempo assicurata dal richiamo alla figura della piramide, fortemente permeato da un'istanza unificante in apicibus, oggi sembra assai più realisticamente fornita dall'immagine reticolare e multicentrica dell'arcipelago*".

Se quindi l'ordinamento assume sempre più un'articolazione reticolare, dove interagiscono norme diverse, non tutte provenienti dal medesimo ordinamento, è evidente che diventa sempre più irrilevante soffermarsi sulla differenza tra fonte in senso materiale e fonte in senso formale in

²⁵⁶ TIMSIT G., op.cit.

²⁵⁷ PREDIERI A., *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 15-16 ottobre 1990, Milano, Giuffrè, 1991, 115. Tale espressione è stata utilizzata anche da Cartabia che ha proprio parlato di "*arcipelago costituzionale*" relativamente all'Europa. Cartabia, op.cit, 30.

²⁵⁸ Secondo Pastore pertanto il sistema è caratterizzato da "*equilibri provvisori*" rispetto a cui l'interprete deve sforzarsi di realizzare unità e coerenza. Pastore op.cit., 26, ma anche ZACCARIA G., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 46, 48-50. BRECCIA U., op.cit., 372, 376, 380-381; BERTI G., *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Rivista di diritto privato*, 3/2003, 461-477.

²⁵⁹ TIMSIT, op.cit.

²⁶⁰ OST F., *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?* In VOGLIOTTI M., (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, 32 ss. ed anche OST F., VAN DE KERCHOVE M., *le système juridique entre ordre et désordre*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988, 105-111

²⁶¹ MODUGNO F., *Consuetudo non est servanda*, in Osservatorio sulle fonti, 29 febbraio 2016, in www.federalismi.it

quanto le fonti non sono più inserite in classificazioni precise, basate sul *nomen* o sul loro procedimento di formazione.

All'interno della rete infatti, accanto alle fonti fino ad ora conosciute, si rinvengono nuove fonti o atti ad esse parzialmente equiparabili, che provengono da nuovi centri di produzione normativa, estranei al tessuto costituzionale e tuttavia idonei a condizionare e vincolare i consociati. Si richiama, a mero titolo esemplificativo, la *lex mercatoria*²⁶², ovvero “*il diritto dei mercanti del medioevo*”²⁶³, come assetto di regole commerciali, decisioni prodotte nell'ambito degli arbitrati internazionali. Essa viene riconosciuta, all'interno dell'ordinamento, come una fonte “*autonoma*”, proveniente da un altro ordinamento e si fonde con il nostro sistema. In tal modo l'ordinamento, come già precisato, diventa sempre più il prodotto di combinazioni ed integrazioni normative.

Quindi, ci si trova al cospetto, all'interno della rete, di atti che modificano altri atti e fatti, che a loro volta creano nuove norme e quindi si affacciano sempre più, all'attenzione degli interpreti, le c.d. fonti di fatto²⁶⁴ che non si riescono a posizionare in un sistema così descritto, e quindi men che meno in una gerarchia. Si tratta di nuove norme che operano sulla base dell'effettività e che testimoniano come ormai il diritto nasca fuori dagli schemi fin ora noti, anche se sempre più costellato di atti che “*raggiungono l'effetto normativi sono in ciò pari e parimenti vincolanti*”²⁶⁵, alle altre fonti, anche se ciò non avviene nelle forme prescritte²⁶⁶. Di tali atti non esiste un'elencazione ufficiale, ma sono trattati come atti normativi per il solo fatto di avere un contenuto generale ed astratto. Essi sono la rappresentazione dell'esistenza di una zona di ombra nell'ambito degli atti giuridici in cui stanno atti più o meno normativi. Tali atti, inoltre, non sono esclusi espressamente dalla Costituzione, nel senso che quest'ultima non ne esclude l'esistenza, ma non contempla neanche la loro presenza tra le fonti, ma è la legge che, nell'esercizio di porzioni più o meno ampie di potestà normativa, ne definisce la portata.

Tutto ciò è indice del fatto che non esiste più quello che la dottrina ha definito “*l'edificio neoclassico costruito sulle linee semplici e regolari di un insieme normativo fondato sulla legge, essenziale criterio nella pluralità delle fonti*”, anzi tale edificio ormai somiglia sempre più a “*una costruzione barocca stracarica di figure non tutte inserite in modo armonioso*”²⁶⁷.

²⁶² FERRARESE M.R., *La globalizzazione del diritto: dalla “teologia politica” al “diritto utile”* in VOGLIOTTI M., (a cura di) *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, 65-66.

²⁶³ Secondo Pinelli, la *lex mercatoria*, cui gli operatori ricorrono nel commercio internazionale designando un arbitro per la soluzione delle controversie (in alternativa al giudice e alla legge), pone degli interrogativi sulla sua riconduzione a fonte del diritto. PINELLI C., *Le fonti del diritto nell'epoca dell'internazionalizzazione*, Dir. Pubbl., 1995, 385 e ss. ed anche BONELL M.J., *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, in Dir. Comm. Intern., 1992, 315.

²⁶⁴ PASTORE B., *Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale*, <http://www.dirittoequationipubbliche.org>, 22 ss.

²⁶⁵ ESPOSITO, op.cit., 468.

²⁶⁶ PASTORE, op.cit., 23 ss.

²⁶⁷ Sul punto SILVESTRI, op.cit., 173. PASTORE B., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014, 20 ss.

In conclusione il sistema è caratterizzato da una sorta di gerarchia rivisitata in cui accanto alla configurazione verticale, all'apparenza lineare, si affiancano, in orizzontale, nuove fonti o quasi fonti, oltre che l'attività interpretativa. Ciò in quanto il vecchio modello basato sulla gerarchia non viene del tutto meno²⁶⁸: la nuova configurazione delle fonti e quella classica sono necessariamente compresenti e complementari²⁶⁹ in cui la rete consente, al contempo, di evidenziare nuove dinamiche di funzionamento delle organizzazioni giuridiche, caratterizzate da una condizione di relatività generalizzata e di garantire l'esistenza della struttura classica che assicura allo Stato l'esercizio della sovranità, sebbene su più livelli e dovendosi rapportare all'esistenza di più centri di potere. Quindi l'immagine della rete, in quanto fatta di una *“trama costituita da fili e da nodi uniti fra loro da legami che assicurano interconnessioni”*²⁷⁰, sembra la sola (rispetto all'idea dell'arcipelago e dello specchio) in grado di assicurare che al suo interno rimanga anche l'impianto classico delle fonti.

In conclusione, la rete sembra avere la capacità di ospitare atti e fatti normativi, soprattutto provenienti dai nuovi centri di produzione normativa, come ad es. tutti gli atti, sempre più numerosi, espressione di nuove fonti di regolamentazione. Tali atti stanno assumendo, sempre più, una connotazione autonoma legata alla loro specifica funzione, come accade con i codici di condotta, le best practices, le linee guida, sempre più lontani dal *“word of no law”*, per le ragioni che si andranno a spiegare.

Preliminarmente, dobbiamo spendere qualche riflessione sul terreno in cui, secondo numerosi interpreti, tali atti si sono diffusi: quello della soft law, anche se poi hanno sviluppato una loro autonoma caratterizzazione in un loro autonomo modello di soft law²⁷¹, che, come già ricordato, chiameremo *“soft law interna”* o *“diritto attenuato interno”*.

²⁶⁸ Sebbene in dottrina alcuni hanno esaltato una forte contrapposizione tra la configurazione classica delle fonti e quella moderna. Si richiama la posizione di Ferrarese che ha precisato come da una parte poiché da una parte vi è l'universalità potenziale delle reti e dall'altra l'ancoraggio ben localizzato delle piramidi”. FERRARESE, op.cit. L'autrice infatti ha evidenziato il passaggio *“da una tipologia di diritto che possiamo caratterizzare come diritto ragno ad una tipologia caratterizzabile invece come diritto ape. Le api e i ragni è il titolo del volume di Marc Fumaroli che tratta della disputa culturale tra antichi e moderni. La disputa prese corpo nel corso del Seicento e vide contrapposta alla concezione antica, che assimilava la cultura ad un'ape che si nutre suggendo il polline da fiori diversi, una concezione moderna che rifiutava questa visione e respingeva l'idea che i moderni potessero continuare a essere “dei nani appollaiati sulle spalle dei giganti”: la cultura moderna tendeva piuttosto ad assomigliare a una sorta di ragno che traeva da se stesso l'elemento per tessere la propria trama”*. Secondo Ferrarese quindi *“il diritto positivo somigliava molto al ragno: stava ben radicato sul suo territorio, era statico e autopoietico e la sua tela non ammetteva intrusioni da parte di elementi estranei o contatti e contaminazioni con elementi diversi. Da Kelsen fino a Luhmann si può tracciare una lunga letteratura che ha esaltato le virtù di questo diritto ragno.. il diritto odierno smette di essere un ragno che tesse da solo la propria trama e, riprendendo almeno alcuni connotati di un ordinamento, assomiglia piuttosto ad un'ape instancabile, sempre in movimento, che cerca di nutrirsi proprio di elementi diversi e che vive di contatti numerosi e variabili anche con altri mondi”*, FERRARESE, op.cit., 168.

²⁶⁹ OST., op.cit., 37-38 e LOSANO, op.cit., 425-429.

²⁷⁰ PASTORE, op.cit., 29-30 ss.

²⁷¹ Mostacci riferisce della norma di soft law quale *“norma giuridica che, persa la posizione di altero comando, si è fatta tecnica e linguaggio delle relazioni tra gli uomini e, per svolgere la funzione sua propria, ormai abita il mondo”*. MOSTACCI, op.cit., 37. Vedi anche THIBIERGE C., *Le droit souple*, in Rev. Trim. Droit civ., 2003, 601.

CAPITOLO II

LA SOFT LAW

1. Origini ed evoluzione della soft law

Al fine di delineare i caratteri della categoria di nuovi atti fonte collocati nella rete, dobbiamo prima ricostruire la categoria generale della soft law, poiché si ritiene che sia, nelle sue *larghe maglie*, che tali atti hanno trovato una prima collocazione e giustificazione.

Sebbene sia l'esperienza inglese quelle maggiormente feconda, nella scoperta e nell'inquadramento del concetto di soft law, i primi esempi di soft law si possono riscontrare già nell'antichità.

Infatti, la storia della soft law non comincia nella Roma antica, bensì in Mesopotamia ove, il monumento più risalente è la codificazione promulgata da Hammurabi nel 18 A.C. Essa contiene numerose prescrizioni prive di sanzione ad es. nella disciplina di tutela di alcuni debitori, nonché in tema di diritti reali, diritto delle successioni e diritto di famiglia²⁷². Successivamente, nell'ambito della tradizione del diritto romano, si possono ricordare i *consilia*, termine latino con cui si designavano pareri (assimilabili ai responsa dei giuristi romani). Essi ponendosi, secondo alcuni interpreti, “*al limite della sfera del prescrittivo*” ben potevano costituire un esempio di normatività mite. Nell'ambito poi del diritto romano classico si richiamano gli *ius controversum*, il processo formativo della *communis opinio* quali esempi di atti privi dei caratteri della normazione autoritativa²⁷³.

E' interessante notare come, nel diritto romano, anche la legge, pur dotata di una formula precettiva della rogazione magistratuale “*velitis iubeatis*” (Gell. 5, 19,9) e quindi ritenuta metro di validità per tutte le altre fonti del diritto poiché dotata di una normatività piena, in alcuni casi, come ad esempio per le leggi comiziali, difettava di sanzione (c.d. *leges imperfectae*). Fino alla lex Publilia del 339 a.C., le leggi erano dotate di una normatività graduata. Durante il periodo romano quindi si possono rinvenire poche tracce di diritto autoritativo: infatti i *senatus consulta* erano raccomandazioni dirette ai magistrati giurisdicenti; l'editto un programma della giurisdizione pretoria, composto di promesse di mezzi giuridici, realizzate mediante clausole generali.

²⁷² HARKE J.D., *Das Sanktionensystem des Codex Hammurabi*, Würzburg, 2007, 13 ss.

²⁷³ In particolare nel diritto romano l'imperativo fu adoperato solamente nelle leggi comiziali, mentre la parte normativa dell'editto pretorio ed i *senatus consulta* presentavano l'uso dei verbi al congiuntivo presente. Nelle costituzioni imperiali invece l'imperativo era presente solo nei rescritti indirizzati ai magistrati (Adriano Call. D. 42, 1, 33 ed Antonino Pio Ulp.coll 3, 3,3). WIEACKER F., *Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1, München*, 1988, 280 ss. e GIARO T., *Römische Rechtswahrheiten*, Frankfurt M., 2007, 201 ss.

Al fine di rintracciare ulteriori esempi di soft law nel diritto romano, è opportuno riflettere sul significato dei termini “validità” ed “auctoritas”. Non esisteva, nell’antica Roma, un termine adatto a designare la validità del diritto e delle sue fonti. Infatti il rinvio di Gaio “legis vicem optinere” (Gai, 1,4-7), secondo gli studiosi²⁷⁴, riconferma l’assenza del concetto di validità. Invece, per quanto riguarda il concetto di *auctoritas*, esso esprime “l’idea della normatività debole”²⁷⁵, poiché indica la capacità di persuadere e non la competenza a comandare²⁷⁶.

La fonte di diritto romano a cui gli atti di soft law sembrano più simili, è il responso²⁷⁷. Sia i responsi repubblicani sia quelli dei giuristi muniti dello *ius respondendi* valevano solo in un determinato processo (Gai, 1,7) ed avevano natura *declarativa* che Cicerone riconobbe come “quod oportet respondere”.

Diversamente, la romanistica moderna si concentra sulla consuetudine giurisprudenziale. Si ricordano le locuzioni “placet” o “placuit” e “receptum est” usate da Gaio (Gai, 3,160) ed anche da Papiniano (D. 40,5,23,3) ovvero le c.d. opinioni generalmente accettate. Poiché esse si ritenevano diritto vigente, fu necessario l’assenso del parlante (che poteva anche disapprovare le norme tradite), che conferiva al diritto giurisprudenziale il carattere della flessibilità. Le opinioni della giurisprudenza avevano la loro autorità collettiva e nel passaggio all’età tardoantica si passò da un diritto giurisprudenziale casistico ad uno legislativo, come avvenne ad esempio sotto il regno di Diocleziano (284-305 d.C.), in cui si produssero compilazioni semiufficiali come simbolo del monopolio statale nella produzione del diritto. Tuttavia, con l’avvento della legislazione, il ruolo delle fonti soft divenne secondario, sino alla rinascita nelle scuole dei glossatori bolognesi²⁷⁸.

Dopo aver richiamato le prime tracce di atti soft, dobbiamo evidenziare che invece le prime riflessioni²⁷⁹ presero le mosse nel Regno Unito, e precisamente, dalla perlustrazione del pensiero del filosofo inglese David Hume. Egli,²⁸⁰ teorizzando il c.d. “*binary character of law*”, precisò che la legge è certamente composta da “*diritti, obbligazioni, proprietà, che però possono avere una loro graduazione*”

²⁷⁴ GIARO T., *Geltung und Fortgeltung*, 66 ss.

²⁷⁵ GIARO, op.cit., 93.

²⁷⁶ Infatti, nelle fonti si può notare che l’*auctoritas* viene distinta dalla potestas (Cic. Pis. 8; leg. 3,28; Mon. Ancyr, 34), dallo *ius* (Cic. Leg. 2, 31), dall’*imperium* (Cic. Cat. 37; Liv. 1,7,8) mentre sovente viene associata al *consilium* (Cic. Rep. 2, 14; Phil 1,1).

²⁷⁷ Il responso implicava una normatività graduata che derivava dal suo carattere specifico, ovvero essere un atto di tipo cautelare, pari ad un mero consiglio LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 17 ss. e 62 ss.; BRETONI M., *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, Laterza, 1987, pp. 161 s. e 214 e WIEACKER F., *Römische Rechtsgeschichte*, Bd. 1, cit., 554 ss.

²⁷⁸ GIARO, op.cit., 99.

²⁷⁹ Al di là delle riflessioni dei primi teorizzatori della soft law, secondo Giaro, in realtà i fenomeni assimilabili al concetto di soft law sono molto antichi. Si richiama ad es. la topica aristotelica, quale metodo opposto al pensiero sistematico, scoperta da Theodor Viehweg; l’idea romana del diritto come prassi interpretativa, avanzata da Ronald Dworkin ed infine la nozione della validità graduata che riposa sul concetto di *auctoritas*, individuata nelle fonti del diritto giurisprudenziale antico da Franz Horak.

²⁸⁰ HUME D., *A treatise of human nature*, Book, III, part, II, chapter Vi e sempre Hume, *Political writings*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1994, 43

e rispetto a cui l'individuo può essere obbligato o meno". Leggendo le parole di Hume rispetto al dibattito in materia di soft law, la dottrina²⁸¹ ritenne che il diritto internazionale, in particolare, non è "*simply a binary matter, dividing things into rubrics such as legal or illegal, binding or non binding, but is, rather, characterized by an infinite variety*". In tal senso, si reputò che la soft law occupasse quella *grey zone* quale insieme dei "*documenti e degli strumenti che non sono chiaramente riconducibili alla legge, ma non possono essere ritenuti "legally insignificant" e individuando anche gli effetti della violazione di strumenti di soft law nella creazione di una "soft liability" o in una "soft responsibility" e portando, in via estrema anche ad una "soft sanction"*". Infatti, mancando un unico organo centrale che emanasse diritto cogente con efficacia *erga omnes*, le disposizioni si formavano mediante la convergenza di consensi (come abbiamo constatato anche nel diritto romano), che si esplicitava nella consuetudine e nei trattati. Accanto vi sono altre tipologie di atti più flessibili, capaci di spiegare meglio le dinamiche dei rapporti tra gli Stati ed altri soggetti di diritto internazionale, quali gli accordi non vincolanti (*non binding agreements*) contenenti dichiarazioni di principi.

Alcuni interpreti ritengono che, in realtà, la soft law derivi dalla crisi del positivismo, in cui non è più vero che "*ciò che non è nel codice, non è diritto*", ma vi è un nuovo concetto di validità "*definibile attraverso la nozione di consuetudinario oppure di usuale*"²⁸² cui corrisponde tale normatività di tipo *mité*²⁸³.

La letteratura gius-pubblicistica degli anni settanta del Novecento deve a Dupuy²⁸⁴ i primi studi in materia di soft law, in particolare in seno al dibattito della Hague Academy del 1973, anche se la prima definizione di soft law, sebbene all'interno di autorevoli interventi solo orali, si deve a Lord MacNair²⁸⁵.

Negli anni Ottanta, una prima definizione di soft law (nei vari significati che essa può assumere), si deve a Baxter²⁸⁶, anche se poi l'elaborazione del concetto proseguì tra gli internazionalisti²⁸⁷ che volevano comprendere e spiegare questa complessa forma che hanno definito proprio di "*normatività graduale e relativa*" delle norme di diritto internazionale.

²⁸¹ KLABBERS J., *The redundancy of Soft Law*, in Nordic Journal of International Law, 1996, 167 ss.

²⁸² SIMON T., *Geltung*, In Rg, Bd, 7, 2005, 100.

²⁸³ GIARO T., *Dal Soft law moderno al soft law antico*, in SOMMA A., (a cura di), *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, Torino, Giappichelli, 2009, 86.

²⁸⁴ DUPUY J.R., raccolta del dibattito della Hague Academy sul *The Protection of the Environment and International Law*, Sijthoff, Leiden, 1975, pagg. 623-627; e *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage a la soft law*, in *L'elaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse, Société Française de Droit International, Pedone, Paris, 1975, 132- 148. e poi relazione presentata ai "*Colloque de Toulouse*" del 1975 con titolo *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage a la soft law*, pubblicata nel medesimo anno dalla Société Française de Droit International con l'elaboration du droit international public.

²⁸⁵ LORD MACNAIR A., "*The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*" in British Yearbook of International Law, 1930.

²⁸⁶ BAXTER R.R., *International Law in "her infinite Variety"* in The International and Comparative Law Quarterly, Vol., 29, 4, 1980.

²⁸⁷ La definizione della soft law come "*relative normativity*" si deve a Weil e poi anche a Fastenrath, FASTENRATH U., *Relative Normativity in International Law*, in European Journal of International Law, 3, 1, 1992, 306 ss., ma all'interno del dibattito si richiama anche il pensiero di WEIL P., *Towards Relative Normativity in International Law?* In 77 American Journal of International law, 1983, 413.

Successivamente, un'altra parte della dottrina, Dupuy, osservò che “‘soft’ law is a paradoxical term for defining an ambiguous phenomenon. Paradoxical because, from a general and classical point of view the rule of law is usually considered ‘hard’ Ambiguous because the reality thus designated, considering its legal effects as well as its manifestations, is often difficult to identify clearly”²⁸⁸. Mediante l’analisi del pensiero di Dupuy, si possono già fare alcune considerazioni.

Innanzitutto, egli riconosce per primo che la soft law è un fenomeno e, in quanto tale, va studiato ed inoltre lo qualifica come fenomeno “ambiguo” nel senso che ne sottolinea l’anomalia poiché il diritto fino ad allora conosciuto era ritenuto naturalisticamente *hard*.

Tuttavia, Dupuy precisa che questo nuovo “processo di creazione normativa” (*new process of normative creation*) esiste, costituendo ormai una parte del diritto contemporaneo. Partendo da tale impostazione, alcuni studiosi²⁸⁹ arrivano a teorizzare che la soft law poteva costituire anche un pericolo, nell’ambito della normazione, in quanto essa “è qualcosa più che diritto senza alcun’obbligatorietà”, e quindi l’effetto più pericoloso, si avrebbe con l’adozione di regole di soft law nell’ambito delle organizzazioni internazionali, ed esse, per ciò solo, potrebbero diventare “binding” per gli organi che compongono tali organizzazioni internazionali.

Accanto a queste prime teorizzazioni, si impose la dottrina inglese che invece sviluppò alcune osservazioni attorno al concetto di “quasi legislation”²⁹⁰, intendendo, gli strumenti di soft law, quali effettive forme di regolazione fondate sul consenso.

Pertanto si inizia a riempire di contenuto la nozione di soft law, includendovi le dichiarazioni “non binding”, come la Dichiarazione Universale dei diritti umani e le Risoluzioni dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite, non aventi lo status di norme sotto il profilo formale.

Negli anni Ottanta tuttavia, alcuni studiosi, cominciano a negare la giuridicità della soft law, ritenendola prossima alla categoria del metagiuridico²⁹¹, per le difficoltà di collocarla all’interno di schemi e strutture dettati dalla prevalenza del formalismo sulla sostanza degli atti. Viene infatti messa in luce, per la prima volta, la contraddittorietà²⁹² del termine soft law in quanto, si riferisce che la legge, per essere tale, deve essere cogente e se si dota la soft law di efficacia normativa, non è più soft, ma diventa hard law.

²⁸⁸ DUPUY P.M., *Soft law and the international law of environment*, in Michigan Journal of International law, 1991, 420 ss.

²⁸⁹ Si richiama in particolare il pensiero di Seidl che ha posto in luce le numerose contraddizioni della soft law ed in particolare di quella internazionale. SEIDL- HOHENVELDERN, *International economic soft law* in *Recueil Des Cours, collected courses of the hague academy of international law*, 1979, II, 182 ss.

²⁹⁰ GANZ G., *Quasi-legislation: recent developments in secondary legislation*, London Sweet & Maxwell, 1987

²⁹¹ Arangio- Ruiz, contrapponendosi al pensiero di Dupuy, fu un vero sostenitore del carattere meta-giuridico assunto dalla soft-law; analoga posizione ha THÜRER D., in “*Soft law eine neue Form von Volkrecht*, in *Revue de Droit Suisse*, 1985, 432, su “*The protection of the environment and international law*”, poi pubblicata a Leida nel 1975 e nella relazione presentata ai “*Colloque de Toulouse*” del 1975 con titolo “*L’èlaboration du droit International public*”, pubblicata nel medesimo anno dalla Societe Francaise de Droit International.

²⁹² LACHS J., *The Threshold in Law-Making*, in *Volkerrecht als Rechtsordnung, in Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, 1983, 493-500.

Alcuni studiosi, per ovviare alle contraddizioni insite nel concetto di soft law se rapportato alla hard law, asserirono che la soft law costituisca una categoria giuridica c.d. pratica, il cui criterio di qualificazione sarebbe appunto l'efficacia giuridica pratica²⁹³. La valorizzazione dell'efficacia pratica della soft law venne evidenziata dalla dottrina che si occupava di studi giuridici concernenti l'Europa²⁹⁴ la quale focalizzò la propria analisi soprattutto sull'individuazione degli aspetti positivi e negativi legati alla proliferazione di questi nuovi sconosciuti strumenti di azione politico-istituzionale, senza razionalizzarli o categorizzarli.

Weil²⁹⁵, sempre negli anni Ottanta, in relazione alle raccomandazioni, precisava che esse non sono né hard law né soft law, ma semplicemente non sono law, negando in radice quindi l'ingresso della soft law nell'ambito della giuridicità.

Tale problema sarà ben approfondito nel prosieguo, ma si anticipa una delle (provvisorie) conclusioni di questo lavoro, ovvero che, ad oggi, con il proliferare nel nostro ordinamento delle linee guida, si è arrivati ad una nuova idea di soft law che ha, dentro di sé, anche degli aspetti necessariamente hard.

Alcuni interpreti, al fine di dare cittadinanza alla soft law, hanno asserito che esso produce effetti pratici, ma non giuridici in senso stretto²⁹⁶, sebbene tale teoria rimane all'interno di una cornice empirica senza aver alcun utile approccio concreto.

Occorre quindi domandarsi se oggi la soft law vada letta come un'alternativa alle fonti di diritto "codificato" e consuetudinario (*hard law*) oppure rappresentare la diversità di gradazione della forza di una normazione, secondo una maggiore o minore potenza di essa.

Certo è che è riduttivo leggere quello che alcuni definiscono "*il diritto dolce*" come tutto ciò che non è hard law e quindi individuare la soft law partendo dall'*hard law*. Infatti, se si considera che vi è una piena corrispondenza tra l'eterogeneità delle manifestazioni del diritto dolce e la difficoltà di fornirne una definizione univoca, essendo la soft law un vero e proprio "mosaico frammentato e grezzo", non può bastare dire che è soft law tutto ciò che non è hard law.

Dopo aver ricostruito i primi atti "soft" della storia antica e romana e i primi inquadramenti dottrinari di questo complesso fenomeno è opportuno porre l'attenzione su tre diverse macro tipologie di soft law: la soft law internazionale, la soft law europea e, infine, analizzare la soft law del nostro ordinamento, ovvero il *diritto attenuato interno*.

²⁹³ Per tutti WELLENS K.C., e BORCHARDT G.M., "*Soft law in European Community law*", European Law Review, 1989, Vol. 14, 267-321.

²⁹⁴ BALDWIN R., HOUGHTON J., "*Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules*", Public Law, 1986, 239-284.

²⁹⁵ WEIL P., "*Vers une normativité relative en droit international?*" In *reveu generale de droit international public*, 1982.

²⁹⁶ WELLENS K.C. BORCHARDT G.M., op.cit., 267-321.

2. La “prima” soft law nel diritto internazionale

Nel diritto internazionale, in origine, vi erano solo due tipologie di fonti: gli accordi e la consuetudine. Successivamente, nel processo di produzione normativa si consolidano altre tipologie di fonti, come le risoluzioni, le raccomandazioni e le dichiarazioni²⁹⁷.

Emerge, sin da subito, che le regole che governano la comunità internazionale sono diverse da quelle degli ordinamenti statali: infatti, mentre gli Stati dispongono di un diritto, imposto mediante legge che, in quanto, adottato da un’Autorità superiore giuridicamente ai membri di ogni società nazionale, può vincolarli. Diversamente, nella società internazionale, gli Stati, in quanto sovrani, non sono sottoposti ad un’istituzione gerarchicamente superiore e quindi il diritto internazionale è dato da regole, consigli, indirizzi che si danno le stesse organizzazioni internazionali, secondo i loro accordi²⁹⁸.

Tra le fonti di diritto internazionale, possiamo annoverare, prima di tutto, la consuetudine²⁹⁹, quale fenomeno di sedimentazione sociale, ovvero di osservazione di comportamenti e convinzioni di membri della società e poi della soft law che è stata inquadrata dalla dottrina internazionalistica alla stregua di un fenomeno “*inusuale e patologico*” del diritto internazionale, ma che, in numerose circostanze, ha svolto delle determinanti funzioni giuridiche (si pensi alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948), che ne hanno giustificato la costante presenza nel mondo del diritto internazionale³⁰⁰, oltre che averne favorito la resilienza³⁰¹.

²⁹⁷ Si richiama, in primo luogo, l’opera codificatrice delle Nazioni Unite: le risoluzioni, le raccomandazioni, le dichiarazioni di principi. Per una trattazione completa delle fonti di diritto internazionale e della loro gerarchia aperta anche alle fonti atipiche, MONACO R., *Fonti del diritto. IV) Diritto internazionale*, in «Enciclopedia giuridica», XIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1989

²⁹⁸ Nell’ambito internazionale, il ricorso alla soft law è praticato dagli Stati stessi che in tal modo vengono indotti “*ad entrare in una rete di impegni giuridici senza veder sminuito il proprio status di Stati sovrani*”. GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2006 cap. 6.

²⁹⁹ CONDORELLI L., voce *Consuetudine internazionale*, *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di) Cassese S., 2004, 490 e ss. Sul rapporto tra consuetudine e soft law, secondo gli interpreti, la soft law ha un ruolo servente della consuetudine laddove è capace di fornire prova dell’avvenuta emersione di un’opinione iuris che, sommandosi ad una prassi diffusa, cristallizza una regola in fase di consolidamento. Si richiama ad esempio il caso della opinione espressa dagli Stati in relazione all’adozione di alcune risoluzioni dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite tra cui la Dichiarazione di principio sulle relazioni amichevoli tra Stati, che, nel decidere sul caso delle Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua, la Corte internazionale di giustizia ha desunto la natura consuetudinaria del divieto dell’uso unilaterale della forza all’interno delle relazioni internazionali. TRAMONTANA, op.cit., 55.

³⁰⁰ Come rileva Fitzmaurice “*soft law is one of these phenomena of international law which puzzle international lawyers and leave disagreement as to their legal character and their legal effects*” FITZMAURICE M., *International protection of the environment, recueil des Cours*, The Hague Academy of international law, Leiden-Boston, 2001, vol. 293.

³⁰¹ Di resilienza del diritto internazionale parla Tramontana, il quale riferisce come la soft law abbia favorito la capacità del diritto internazionale di “*resistere ai cambiamenti della scena internazionale contemporanea conservando invariate le proprie caratteristiche strutturali*”. In tal senso, Tramontana, indaga il rapporto tra soft law e diritto internazionale come un rapporto non di esclusione reciproca, bensì sono in una stretta correlazione ed integrazione ove il diritto internazionale finisce per dipendere dalla soft law. Anzi da tale rapporto trova la propria capacità resiliente ai cambiamenti ovvero ad es. alla domanda di regolamentazione nei settori che richiedono flessibilità e tecnicismo. TRAMONTANA A.M., *il Soft law e la resilienza del diritto internazionale*, *Ars Interpretandi*, fascicolo 2, luglio-dicembre 2017, 44.

Oltre a ciò, gli atti-fonte di diritto soft hanno consentito il superamento di blocchi nelle relazioni internazionali tra gli Stati, determinati da differenti esigenze di natura economica, politica, sociale e culturale. Non solo, ma, grazie alla soft law, in una situazione di crisi della legalità internazionale³⁰², popoli e Nazioni si sono sempre sforzati di trovare degli strumenti di mediazione di natura giuridica, seppur attenuata, con altri popoli ed altre Nazioni, ovvero strumenti volti a gestire trattative, processi regolativi, in settori economici e sociali, consentendo, secondo il pensiero di alcuni autori, di “*sopravvivere all’anarchia e al libero gioco delle forze economiche e militari degli attori internazionali*”³⁰³.

La soft law³⁰⁴, in diritto internazionale, si è sviluppata come fonte alternativa rispetto ai trattati internazionali, utilizzata quando non era possibile ricorrere a questi ultimi.³⁰⁵

Venendo alle sue caratteristiche, tale fenomeno affonda le proprie radici nella antica distinzione tra “*comandi e consigli*” secondo cui mentre il destinatario di un comando è tenuto a eseguirlo, il destinatario del consiglio è libero di scegliere se seguirlo o no, avendo quindi facoltà³⁰⁶. Alcuni studiosi hanno cercato la *ratio* sottesa al concetto di comando e di consiglio: seguendo l’impostazione positivista, secondo cui il diritto o è vincolante o non è diritto, la soft law non può far parte delle fonti del diritto internazionale e può essere tenuta in considerazione solo quale “*precursore di norme giuridiche vincolanti*”³⁰⁷. Diversamente, secondo un’impostazione di tipo sociologico, esiste un “*continuum normativo lungo il quale si collocherebbero tutti gli strumenti, vincolanti o*

³⁰² In relazione ai primi strumenti di soft law si richiama il discorso di Eleanor Roosevelt all’Assemblea generale delle Nazioni Unite al Palais de Chaillot, Parigi, 10 dicembre 1948, in occasione dell’approvazione da parte degli stati della dichiarazione dei diritti umani. Ella rispetto alla pace tra le nazioni precisò che fosse necessario “*uno standard di condotta per tutti gli stati che unendo le forze in buona fede, potessero riuscire a rispettare tale standard*”.

³⁰³ A tale proposito, Schäfer, la quale, nel suo articolo Resolving Deadlock: Why International Organizations Introduce Soft Law, Paper for the EUSA Ninth Biennial International Conference Austin, Texas, March 31-April 2, 2005, si è posto l’interrogativo di fondo : “*Why do governments choose soft law to deal jointly with problems rather than more binding forms of cooperation?*”. L’autrice, riferendosi in particolar modo all’O.C.S.E. ed al F.M.I. ha sostenuto, a conclusione della sua riflessione che, “*in sum, international organizations do not introduce multilateral surveillance because of its proven effectiveness but rather because no substantial agreement is obtainable*”

³⁰⁴ Sulla “*morbidezza*” del diritto internazionale SZÉKELY, ‘*Non-binding Commitments: A Commentary on the Softening of International Law Evidenced in the Environmental Field*’, in *International Law on the Eve of the 21st Century — Views from the International Law Commission 1997*, 173; WEIL P., ‘*Towards Relative Normativity in International Law?*’, 77 AJIL 1983, 413; EISEMANN, ‘*Le Gentlemen’s agreement comme source du droit international*’, 106 JDI 1979, 326; SCHACHTER, in HENKIN L., PUGH R.C., SCHACHTER O. AND SMIT A., *International Law*, Casebook 3rd ed., 1993, at 37.

³⁰⁵ BINI M., “*Gli atti non previsti dal Trattato nel sistema delle fonti di diritto dell’Unione Europea*”, in *Diritto&diritti*, rivista giuridica on-line, 2003, 9.

³⁰⁶ La distinzione si deve a Bobbio, op.cit., 369 e ss., sebbene, anche la dottrina inglese, aveva, già in epoca più risalente, distinto tra *commands* e *precepts* in cui i primi erano regole ritenute vincolanti nella forma e i secondi regole vincolanti a seguito della convinzione della bontà del loro contenuto e all’autorevolezza di colui che li pone in essere. Sul punto si richiama KANTOROWICZ H.U., *The definition of law*, Cambridge, 1958, 30 e ss. e si riferisce anche della trattazione di SELINGER E. WHYTE K.P., *Nudging cannot solve complex policy problems* in *European Journal of risk regulation*, 2012, 26 ove viene detto proprio che “*dudging is best seen as an emerging form of soft law*” e quindi sull’importanza della c.d. nudge ovvero “*la spinta gentile*” si veda THALER R.H. SUNSTEIN C.R., *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni sul denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2008. Della soft law quale diritto gentile che “*tende a convincere più che a costringere*” riferisce FERRARESE A.M., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi del mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

³⁰⁷ Si richiama il pensiero di WEIL, op.cit., 417; KLABBERS op.cit., 167 e D’ASPREMONT J., *Softness in international law: a self serving quest for new legal materials*, *European journal of international law*, 1993.

meno, idonei ad indirizzare il comportamento dei propri destinatari”³⁰⁸. Secondo la terza ed ultima posizione c.d. intermedia, la soft law non crea obblighi giuridici, ma impegni politici e morali aventi un proprio ruolo all’interno dell’ordinamento internazionale³⁰⁹.

Secondo gli studiosi di diritto internazionale, gli strumenti soft, essendo rimessi alla volontà delle parti, e non essendo soggetti né alle regole della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, né al fondamentale principio di diritto internazionale “*pacta sunt servanda*”, sarebbero circondati da minori garanzie rispetto alle fonti classiche di diritto internazionale pubblico.³¹⁰ Tuttavia, l’inadeguatezza della consuetudine a soddisfare le crescenti esigenze della comunità internazionale e la mancanza di un’Autorità centrale abilitata a produrre diritto, ha portato alla creazione di nuovi atti normativi. Non solo, ma il ricorso agli atti soft apparve problematico, rispetto al marcato utilizzo delle risoluzioni da parte delle organizzazioni internazionali cui non corrispondeva una loro menzione tra le fonti di diritto internazionale nell’art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di giustizia³¹¹.

Tuttavia gli interpreti, pur riconoscendo che esistevano, nella prassi corrente, degli strumenti alternativi ai classici trattati che rappresentano qualcosa di diverso ormai da meri impegni politici, negando che tali atti potessero produrre law internazionale³¹², ritenevano invece che vi fosse un’unica alternativa in diritto tra “*regole legal or illegal e binding or non-binding*”³¹³. Secondo il pensiero di Wengler infatti “*the question arises as to whether the strict legal/non-legal division applied in international law in analogy to domestic law could be outdated or wrong*”³¹⁴.

Tuttavia, a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, alcuni studiosi³¹⁵ hanno teorizzato circa l’esistenza concreta di strumenti normativi utilizzati dagli attori internazionali che, pur non

³⁰⁸ Si fa riferimento al pensiero di KINSBURY B., KRISH N., STEWART R., *The emergence of global administrative law, Law e contemporary problems*, 2005, sebbene criticato da TRAMONTANA, op.cit., 47, il quale nega l’esistenza del “*continuum normativo tra hard e soft law, in quanto esso pregiudicherebbe la capacità del diritto internazionale di regolamentare le condotte degli attori internazionali*”.

³⁰⁹ HILLIGENBERG H., *A fresh look at soft law*, European Journal of international law, 1999, 10; PELLET A., *A new international legal order? What legal tools for what changes?* In International law of development: comparative perspectives, ed by SNYDER F., SLINN P., 1985. BOYLE A., CHINKIN C., *The making of international law*, Oxford University Press, 2017.

³¹⁰ HILLIGENBERG H., “*A fresh look at soft law*”, EJIL, 1999 ed anche KLABBERS J., *The Concept of Treaty in International Law* 1996, at 16.

³¹¹ Sull’utilizzo dell’articolo 38 come strumento per rintracciare un ordine tra le fonti e, al contempo, comprendere il valore delle stesse si richiama Monaco, il quale ritiene anche che l’art. 38 non contenga una gerarchia delle fonti (e quindi che per fonti dell’ordinamento internazionale possano essere intese anche quelle da esso non contemplate). MONACO, op.cit., 5

³¹² È questa la posizione di autori come, ad esempio, WEIL P., *Towards relative Normativity* in International Law In American Journal of International law, 1983, pag. 414-415; e KLABBERS J., *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 1996, pag. 163 e sgg

³¹³ HUME D., il quale affermava che mentre nella vita sociale sono possibili gradazioni di doverosità, invece nel diritto tali gradazioni sarebbero “*perfect absurdities*” in *Political Writings*, edited by Stuart Warner and Donald Livingston, 1994

³¹⁴ WENGLER J.Z., 1976, 197

³¹⁵ Secondo alcuni studiosi, agli atti di soft law internazionale andava negato il carattere giuridico, mentre, secondo altri, la soft law poteva essere ritenuta alla stregua di una “*quasi fonte*” di diritto internazionale. Si richiama fra tutti Baxter il quale individua le norme di soft law in contrapposizione a quelle di hard law dotate di carattere cogente ed

rientrando nelle tradizionali categorie di fonti, vincolavano i loro destinatari in settori delicati quali il diritto dell'ambiente³¹⁶ e quello dei diritti dell'uomo³¹⁷. Tali nuovi atti producevano *diritto morbido* idoneo a piegarsi a valutazioni ed istanze sociali, economiche e culturali³¹⁸.

idonee a fondare un consenso anche se prive di diritti ed obblighi azionabili. BAXTER R.R., *International law in "her infinite variety" in the international and comparative law quarterly*, 1980, 549.

³¹⁶ A seguito delle numerose risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ed atti di tipo declaratorio e programmatico in materia ambientale, la dottrina ha cominciato a ritenere che la soft law potesse essere intesa quale vera e propria categoria giuridica idonea a disciplinare il diritto dell'ambiente. Nell'ambito del diritto internazionale infatti vi sono state numerose dichiarazioni, a partire da quella di Stoccolma del 1972 a di Johannesburg del 2002, qualificabili come enunciazione di principi non vincolanti per gli Stati che convengono di aderire ad essi, ma che non impongono loro l'obbligo di rispettare standard ed obblighi specifici. Si tratta di alcune "convenzioni ambientali globali" che possono portare a degli impegni vincolanti per gli stati ma che, di per sé, non sono vincolanti. Si richiama ad es. il settore della protezione e conservazione delle foreste e della loro gestione sostenibile dove è stato massiccio il ricorso ad atti di natura non vincolante per colmare l'assenza di una regolamentazione convenzionale universale, ad es. con il Non legally binding instrument on all types of forests adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2007 che contiene obiettivi ed impegni nell'utilizzo delle foreste e i Principles and criteria for forest stewardship del 1994 pubblicati dalla ONG Forest Stewardship Council e finalizzati alla promozione di una gestione forestale efficace. In particolare va evidenziato che, a livello internazionale, la cornice normativa che riguarda l'ambiente è costellata di atti e documenti di soft law, tanto che si parla di "*soft environmental law*".

Si richiama la definizione data da Marchisio, op.cit., del diritto internazionale dell'ambiente, quale "complesso di principi e di norme giuridiche che stabiliscono regole di comportamento per gli Stati al fine di realizzare la tutela dell'ambiente e l'uso equilibrato delle risorse naturali in un contesto di sviluppo economico e sociale". Sul diritto internazionale dell'ambiente: HOMAN H. (a cura di), *Basic Documents of International Environmental Law*, 3 vol., Graham & Trotman, London, 1995; DUMMEN C, CULLET D., *Droit international de l'environnement, Textes de base et références*, Kluwer, London, 1998; TAMBURELLI G., *Ambiente* (diritto internazionale), in Enc. giur. Treccani, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2004; KISS A.D., SHELTON D., *Guide to International Environmental Law*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2007; BIRNIE W.P., BOYLE A., REDG-WELL A., *International Law and the Environment 3*, Oxford University Press, Oxford, 2009; FODEL A., LA A., PINESCHI A., (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2009; SANDS P., PEEL J., *Principles of International Environmental Law 3*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; MUNARI F., SCHIANO DI PEPE F., *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2013; POSTIGLIONE A., *Diritto internazionale dell'ambiente*, Aracne, Roma, 2013; DUPUY M.P., VINALES A.J., *International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015. Per la letteratura in materia si richiama CORDINI G., FOIS P., MARCHISIO S., *Diritto ambientale*, Torino, Giappichelli, 2017. In particolare Marchisio riferisce di due fasi in cui si è avuta l'evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente e nello specifico "la prima, iniziata con la Conferenza delle Nazioni Unite di Stoccolma del 1972 sull'ambiente umano, è caratterizzata dalla conclusione di numerosi trattati di carattere settoriale, basati sul principio di prevenzione del danno (fase del funzionalismo ambientale); la seconda, inaugurata dalla Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo del 1992, coincide con l'estensione della cooperazione internazionale alle questioni ambientali globali, disciplinate da convenzioni a vocazione universale fondate sul principio di precauzione (fase del globalismo ambientale)".

³¹⁷ Sempre più, strumenti malleabili, morbidi e soavi, caratterizzano i diritti umani nel senso che la soft law ha avuto una profonda espansione nell'ambito dei diritti umani. TRUJILLO I., *Soft law e diritti umani*, *Ars Interpretandi* Fasc. 2, luglio-dicembre 2017. Si richiama la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo quale esempio di soft law internazionale nell'ambito dei diritti umani che, nell'indicare per la prima volta i diritti inviolabili della persona, è servita da base per la negoziazione di numerosi trattati in materia che porta a ritenere che nella materia dei diritti umani una prima fase di elaborazione con le norme soft, possa costituire la regola. Ancora si cita ad esempio il richiamo alla Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo del 1948 formulato in un parere consultivo del 1989 da parte della Corte interamericana dei diritti dell'uomo che in relazione al peso della dichiarazione precisò che "pur avendo il rango di semplice dichiarazione, essa produceva effetti legali, in quanto strumento funzionale alla ricostruzione della disciplina internazionale dei diritti dell'uomo vigente". DISTEFANO, *Ambito e fonti del biodiritto* (a cura di) RODOTÀ S., TALLACCHINI M., Milano, Giuffrè. Il codice di Norimberga (1947), in quanto sprovvisto di forza vincolante per gli Stati che sancisce il principio di autodeterminazione dell'individuo, viene ricordato come uno strumento debole come poi una serie di altre espressioni di soft law che testimoniano la difficoltà di trovare accordi su questioni complesse al livello internazionale. La motivazione sottesa alla presenza di numerosi atti soft nell'ambito dei diritti umani e del biodiritto, viene rintracciata nel fatto che "gli Stati non sono evidentemente ancora disposti a limitare la propria libertà sovrana in questa materia assumendo obblighi giuridicamente vincolanti".

³¹⁸ DUPUY M.P., *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la "Soft Law"*, in *L'élaboration du droit international public, Colloque de la Société Française pour le Droit International*, Paris: Pédone, 1975, pag. 132 e sgg.

Si trattava di una tipologia particolare di *law*, costituito da regole di condotta, prive di una reale forza legale vincolante, sprovviste di sanzioni legali, in caso di mancato rispetto da parte dei loro destinatari. Infatti, Wellens and Borchardt, definiscono i primi esempi di soft law quali “*the rules of conduct that find themselves on the legally non-binding level (in the sense of enforceable and sanctionable through international responsibility) but which according to the intention of its authors indeed do possess legal scope, which has to be further defined in each case. Such rules do not have in common a uniform standard of intensity as far as their legal scope is concerned, but they do have in common that they are directed at (intention of the authors) and do have as effect (through international law), that the conduct of States, international organisations and individuals is influenced by these rules, however without containing international legal rights and obligations*”³¹⁹.

Venendo alle tipologie di atti che compongono la soft law internazionale, se ne possono distinguere molteplici, ovvero le dichiarazioni d'intenti, le dichiarazioni di principi, le raccomandazioni, le risoluzioni, le linee-guida, i codici di pratica ed infine i c.d. *non binding agreements*³²⁰.

³¹⁹ WELLENS KAREL C., BORCHARDT G.M., (1989), *Soft Law in European Community Law*, European Law Review, 14, 267.

³²⁰ La dottrina internazionalistica cominciò a notare la presenza nella prassi di tali atti di natura Convenzionale a partire dall'Atto Finale della Conferenza di Helsinki del 1975 sulla Sicurezza e Cooperazione in Europa. Sul punto si precisa che fosse prerogativa degli Stati decidere se aderire ad *international agreements* di contenuto giuridicamente vincolante, ragion per cui, qualora i Plenipotenziari avessero optato per l'adozione di un atto convenzionale diverso dai classici strumenti di diritto internazionale, tale *voluntas* rendeva automaticamente privo di valore giuridico l'accordo stipulato tra le parti. La dottrina tradizionale, inoltre, al fine di sostenere l'inefficacia vincolante hard dei *non binding agreements*, evidenziava il carattere strutturalmente programmatico e generico delle loro formulazioni linguistiche e la natura estremamente vaga ed indefinita dei principi e degli impegni in essi contenuti. Nonostante il forte radicamento di tali considerazioni nella maggioranza degli studiosi di diritto internazionale, nondimeno, la dottrina contemporanea ha ormai totalmente superato le obiezioni che venivano mosse alla potenziale portata giuridica di tali strumenti. In primo luogo, l'empirica considerazione delle dinamiche conseguenti all'adozione di accordi di tale natura – in ogni caso liberamente sottoscritti dalle parti contrattanti – evidenzia che, nonostante l'assenza di procedure sanzionatorie, i loro contenuti difficilmente vengono disattesi dagli Stati. I *non binding agreements*, dunque, stabiliscono delle regole che condizionano in maniera forte il comportamento dei Plenipotenziari sulla scena internazionale.

Non si può, dunque, semplicisticamente sostenere che gli accordi non vincolanti siano privi di qualsiasi effetto giuridico, partendo dal presupposto che gli Stati, pur avendo a disposizione degli strumenti di diritto internazionale vincolante, abbiano “consapevolmente” scelto di adottare degli atti convenzionali giuridicamente non formalmente riconosciuti. La scelta degli Stati in tale direzione è spesso determinata non dalla volontà di stringere accordi che però poi non intende rispettare né far rispettare, bensì da un insieme di vantaggi che un accordo più morbido può presentare rispetto all'adozione di un trattato internazionale. Le ragioni sono pertanto di natura politica e non giuridica, come la dottrina tradizionale credeva che fosse. Pertanto, ci si domanda quali possono essere i motivi di una sempre più diffusa tendenza da parte degli Stati a ricorrere all'uso di questo tipo di fonti preferendole ad esempio ai trattati internazionali. Si può dire che questo tipo di atti spesso sono utili per realizzare un compromesso tra la sovranità degli Stati e scopo degli atti stessi. Tutte le volte che sussiste la possibilità che vi siano conseguenze meno gravi in caso di violazioni di obbligazioni non vincolanti, gli Stati faranno questa scelta tutte le volte che vorranno creare una norma che influenzi il *modus vivendi* ma sentono la necessità di conservare una possibile scappatoia. Un altro motivo riguarda le questioni di posizione e di prestigio dello Stato. Gli Stati sono spesso costretti a fronteggiare fatti e a convivere con situazioni che non vorrebbero, ma essi non vogliono riconoscerlo. Così essi sono disposti a riconoscerli in atti similari ma sono restii a farlo all'interno di un trattato. Questo ci conduce ad un altro motivo per cui gli Stati tendono ad adottare tale tipo di norme anziché altre: le difficoltà che si riscontrano nell'adozione di norme legali e vincolanti. Il processo di negoziazione che precede e accompagna la nascita dei trattati è molto lento. Così come lento è certamente il processo di decisione interno a ciascun singolo Stato. Infine tale tipo di approccio può essere utile quando il potere di un'agenzia governativa o di un rappresentante di più basso rango di negoziare e vincolare lo Stato è dubbio a livello internazionale. Per cui si tende ad agire ad un livello più informale. Per mutuare l'espressione di Sir Joseph Gold, in alcune circostanze “*soft law may be the only alternative to anarchy*”. In secondo luogo, l'analisi obiettiva dei contenuti di tali accordi non vincolanti ha condotto ad un'ulteriore duplice considerazione. Innanzitutto, risulta evidente che vi sono numerosi

L’emanazione di questa tipologia di atti può essere prevista dal trattato istitutivo, contenuta in una norma generale del Trattato sulle fonti, o contemplata da varie norme del trattato. In altri casi, invece, non se ne riscontra alcuna espressa previsione nelle disposizioni istitutive dell’ente, e tuttavia se ne può constatare l’emanazione accanto a quella di atti che egualmente possono non essere previsti dal Trattato ma assumere forme tipiche.

Riprendendo la distinzione operata da Senden³²¹, gli atti soft si possono distinguere in tre sottocategorie. La prima, la c.d. *pre-law*, concerne le dichiarazioni e i principi con funzione propedeutica alla formazione di nuove regole giuridiche vincolanti, colmando così vuoti normativi e ponendo le basi per la creazione di obblighi giuridici nella materia in esame, costituendo fonte per la creazione di testi giuridicamente vincolanti come ad es. il Trattato dell’organizzazione delle Nazioni Unite per l’alimentazione e l’agricoltura del 2001 sulle risorse genetiche vegetali per l’alimentazione e l’agricoltura. Gli atti di *pre-law* si pongono al contempo “*come tassello nella formazione del diritto internazionale consuetudinario*” e come “*precursori rispetto alla creazione del diritto internazionale convenzionale*”³²². La seconda, la *post law*, mira a integrare, specificare ed interpretare il contenuto di altre norme³²³. Tali atti atipici *post legem*, presentano un collegamento a preesistenti previsioni di *hard law* con funzione di supporto ed integrazione in sede giurisprudenziale o nell’applicazione in sede esecutiva ed amministrativa. Un esempio di queste ultime sono le linee guida in materia ambientale che hanno la funzione di specificare singoli aspetti contenuti in Convenzioni. Si richiama a tal proposito la prassi della Convenzione di Vienna per la protezione dello strato di ozono, della Convenzione sulla diversità biologica e della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui

agreements caratterizzati dalla presenza di norme formulate in maniera precisa e definita che prevedono l’utilizzo dell’espressione “shall” in luogo di “should” e che pertanto, potrebbero pacificamente trovare posto all’interno di un Trattato. Inoltre, del resto, l’analisi di molte norme dei Trattati internazionali conduce alla conclusione che, sebbene questi ultimi contengano altresì numerose previsioni di carattere estremamente indefinito e programmatico, tanto non osta assolutamente alla loro ontologica possibilità di essere considerate giuridicamente rilevanti. Pertanto, in conclusione, possiamo affermare che le regole contenute nei non binding agreements possono rientrare a pieno titolo nell’alveo degli strumenti di soft law, qualora un’indagine case-by-case ne dimostri la concreta ed effettiva rilevanza nei confronti dei comportamenti degli Stati contrattanti. Tale considerazione consente, inoltre, di sgombrare il campo da un equivoco cui spesso si assiste in dottrina. Ed invero, alcuni studiosi accomunano semplicisticamente i non binding agreements ai c.d. Gentlemen’s Agreement privando così, in tal modo, i primi di qualsiasi efficacia giuridica. I Gentlemen’s Agreements sono degli accordi stipulati da figure istituzionali di rilievo statale che si fondano sulla reputazione dei firmatari, ma che non coinvolgono minimamente gli Stati di appartenenza. Essi concernono azioni personali, non governative. La letteratura fa riferimento ad un esempio risalente di un accordo del genere, quando Lord Salisbury accettò l’occupazione russa della Georgia “a titolo personale”. Altri autori indicano, come esempio, il c.d. “*Oral London gentlemen’s agreement of 1946 on the regional distribution of seats on the UN Security Council*”. Quindi gli accordi non vincolanti sono convenzioni stipulate dai Governi nazionali che vincolano l’intero Stato al rispetto di determinate regole nell’ambito della propria azione internazionale. Siamo dunque indubbiamente in presenza di atti di soft law.

³²¹ Senden per prima ha teorizzato le tre possibili sottocategorie della soft law: pre-law, post law e para law. Per un’ampia trattazione sul tema vedi SENDEN L., *Soft Law in European Community Law*, Modern Studies in European Law (Book 1), 457 e ss.

³²² TRAMONTANA E., *Il Soft law e la resilienza del diritto internazionale*, in *Ars Interpretandi*, Fasc. 2, luglio-dicembre 2017, 54.

³²³ TRAMONTANA E., *op.cit.*, 49.

cambiamenti climatici. Infine, la terza sottocategoria, la *para law*, riguarda gli strumenti alternativi agli atti legislativi vincolanti, maggiormente idonei a operare adeguatamente in presenza di esigenze di “*informalità e dinamismo*”.

In merito alla prima tipologia, cioè le dichiarazioni, i principi, le risoluzioni adottate da organizzazioni internazionali, le raccomandazioni, le dichiarazioni di intenti, i comunicati congiunti e gli accordi non vincolanti tra Stati, questa è stata da sempre ritenuta uno standard di condotta per tutti gli Stati che, unendo le forze in buona fede, potessero riuscire a rispettare tale standard. Allo stesso modo questi strumenti sono stati ritenuti non vincolanti, bensì programmatici e d'indirizzo, fondamentali per la pianificazione successiva di politiche o negoziati, non produttivi dunque di obblighi e diritti e tuttavia, in grado nel tempo di colmare spazi in precedenza lasciati alla discrezionalità degli Stati per poi riuscire ad entrare nelle Carte costituzionali e nelle singole legislazioni nazionali.

Tenendo a mente le tre categorie richiamate, si può evidenziare che la soft law può svolgere, sia una funzione propedeutica alla formazione di nuove regole giuridiche, contribuire a codificare regole nuove o integrarne il contenuto, sia avere una funzione “surrogatoria” dell'*hard law* quando quest'ultimo non è in grado di fornire soluzioni adeguate.

In merito alle principali tipologie di soft law internazionale, ricordiamo le risoluzioni, ovvero il tipico atto attraverso il quale l'organizzazione internazionale induce gli Stati a mantenere un determinato comportamento; i Codici di condotta, ovvero atti non diretti verso gli Stati, ma verso le persone fisiche o giuridiche volti a dare loro regole di condotta da seguire nello svolgimento delle loro attività; gli atti che hanno la forma di trattati, ovvero tutti quegli atti per la creazione dei quali vengono scelte forme e procedure non troppo dissimili da quelle utilizzate normalmente per la stipulazione dei trattati, ma che in realtà non contengono diritti od obbligazioni di diritto internazionale pubblico. Si richiamano ancora le comunicazioni o dichiarazioni congiunte che costituiscono la formalizzazione dei risultati di incontri e discussioni, firmata da Stati e organizzazioni partecipanti; gli accordi leali il cui scopo è quello di formare una cornice normativa entro la quale iscrivere le relazioni intercorrenti tra gli Stati, senza che gli stessi diano al loro accordo la forma di un trattato.

Tutti questi atti non stabiliscono una vera e propria obbligazione internazionale, bensì una “*soft obligation*”. Ciò in quanto la soft law si distingue per una forza giuridica attenuata dissimile nei diversi atti sotto il profilo dell'intensità. Tuttavia, tali atti sono accomunati dal fatto che la condotta degli Stati, delle organizzazioni internazionali e degli individui è sempre influenzata da queste norme.

Vi sono quattro caratteristiche necessarie perché un atto sia ritenuto soft. La prima caratteristica è che esso non derivi da alcuna “*fonte di riconoscimento*” e non segua tutti i passaggi del processo di formazione delle fonti giuridiche internazionali, tanto da renderlo totalmente atipico ed

innominato³²⁴. La seconda riguarda il contenuto dell'atto, che consiste in norme di differente natura che non creano diritti e obbligazioni applicabili, anche se gli stati hanno una legittima aspettativa che le norme soft siano eseguite e rispettate³²⁵. La terza caratteristica è l'assenza di un reale obbligo vincolante sostituito da un'obbligazione vincolante.

Inoltre, va tenuto in considerazione un quarto aspetto: l'intenzione normativa dell'autore della regola. Un determinato precetto o "*engagement que son ou ses auteurs ont entendu prendre sans se lier sur le plan du droit*" non può considerarsi assolutamente strumento di soft law. È evidente, così, che la natura dell'impegno internazionale degli Stati dipenderà dalle intenzioni delle parti contrattanti e partecipanti all'accordo. Questa caratteristica peculiare, da integrare alle altre individuate dalla dottrina sopra richiamata, rappresenta qualcosa di molto simile alla *opinio iuris seu necessitatis*³²⁶.

Infine è opportuno dare brevemente conto del dibattito sorto in dottrina in ordine al valore giuridico degli atti di soft law internazionale. Infatti mentre una parte della dottrina ha ritenuto che si tratti di disposizioni normative contenute in testi non vincolanti³²⁷, secondo altri non si tratta di vere e proprie fonti del diritto in senso formale³²⁸. Infine, secondo una terza opinione,³²⁹ gli atti di soft law non sono estranei alla produzione di effetti giuridici almeno sul piano fattuale, ma hanno "*un'efficacia giuridica rilevante*", anche se in via indiretta e non vincolante³³⁰.

Quel che sembra certo è che ormai la soft law internazionale presenta una legittimità internazionale che difficilmente può essere negata³³¹ poiché, pur rimanendo in dubbio se ritenerla una fonte del diritto internazionale, tuttavia essa ha una rilevanza legale (avendo immediati effetti lato sensu normativi) ed inoltre ha un ruolo di primo piano nel processo di sviluppo del diritto internazionale e nella interazione con il principio della *rule of law*, essendo in grado di fornire principi idonei a stabilizzare le politiche ed integrare l'ordinamento quando non vi siano norme vincolanti capaci di disciplinare determinate fattispecie³³².

³²⁴ Manca una menzione degli atti di soft law tra le fonti di diritto internazionale pubblico all'interno dell'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia il quale indica tra le fonti: le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole riconosciute dagli Stati in lite, la consuetudine internazionale che attesta una pratica accettata come diritto, i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili e le decisioni giudiziarie oltre che la dottrina più autorevole funzionale a determinare le norme giuridiche.

³²⁵ THURER D., in *Soft law*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol.4, 2000, pag. 452

³²⁶ Rispetto a ciò sembra che la soft law riprenda la struttura della consuetudo iuris, pur assumendo talvolta delle connotazioni ancora più forti. Tuttavia la consuetudine è una fonte di hard law e non di diritto attenuato.

³²⁷ SHELTON D., *Commitment and Compliance: the role of non-binding norms in the International legal system*, Oxford, 2000, 292.

³²⁸ Secondo Bin la soft law non può entrare nell'ambito delle fonti, ma avere al massimo una funzione interpretativa. BIN R., *Soft law, no law*, in *Somma A.*, op.cit., 33.

³²⁹ ALGOSTINO, op.cit., 259, la quale precisa come tali effetti giuridici possono essere di carattere interpretativo, ma anche funzionali all'esercizio della funzione legislativa per influenzare la produzione giuridica successiva. Sul punto anche la trattazione di DI PASCALE A., *Gli atti atipici nel sistema delle fonti dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017, 53.

³³⁰ È proprio l'aspetto della mancanza di vincolatività che, secondo gli interpreti, accomuna gli atti e strumenti di soft law internazionale. CANNIZZARO E REBASTI, op.cit.

³³¹ Questa è la caratteristica che FEUER G., in *Les différentes catégories de pays en développement*. Genève, Evolution, Statut, JDI,1982 a p. 5-54 (p.8), attribuisce al soft law.

³³² BUCALO M.E., *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, Giappichelli, 2018, 4 e THURER, op.cit., 454 e MOSTACCI, op.cit., 2.

3. La seconda tipologia di soft law: la soft law europea

Con la nascita della c.d. Europa dei mercati e con la costruzione della c.d. Europa dei diritti, la soft law si impone, rivendicando un proprio spazio nella normazione anche a livello europeo³³³, spazio che l'integrazione europea mostra di voler riempire di atti, lontani dalla tradizione costruita esclusivamente sui processi normativi formali, ma produttivi di effetti giuridici nell'ordinamento dell'Unione³³⁴.

Nei Trattati UE manca una definizione e una disciplina della soft law europea ed inoltre all'art. 288 TFUE (ex art. 249 TCE) gli atti di soft law sono richiamati solo indirettamente, ovvero mediante l'indicazione dei pareri e delle raccomandazioni.

Secondo una parte della dottrina, la lettura del testo dell'art. 288 porta a ritenere che la soft law “*is deprived of legally binding force*”³³⁵.

È nel 1970 che la soft law fa il suo ingresso nell'ambito degli atti UE³³⁶, destando interesse in numerosi studiosi³³⁷. Nell'ambito della dottrina³³⁸, Snyder³³⁹, per primo definisce la soft law quale insieme di “*rules of conduct that have no legally binding force may nevertheless have legal and practical effects in the European legal order*” e la dottrina italiana precisa che tale tipologia di soft law è data dal “*complesso di atti, documenti o altri strumenti utilizzati dalle istituzioni comunitarie che, pur non essendo esplicitamente o implicitamente previsti dai Trattati come normativi, ovvero pur essendo previsti come strumenti di natura non vincolante, producono comunque effetti giuridici nell'ordinamento comunitario, tra Stati e Stati, tra Stati e Unione e nei confronti dei cittadini comunitari*”³⁴⁰.

³³³ Sul concetto di genealogia della soft law si rimanda alla trattazione di DI ROBILANT A., *Genealogies of soft law*, in 54 am j. Comp., law, 2006, 499.

³³⁴ SENDEN L., *Van Der Brink A., Checks and Balances of soft EU Rule Making*, Study for the European Parliament, 2012 ed anche SNYDER F., *Soft law and institutional practice in the European Community*, in MARTIN S., *The construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noel*, Dordrecht, 1994, 197.

³³⁵ ELIANTONIO E STEFAN, op.cit., 462.

³³⁶ CINI M., *The soft law approach: Commission rule making in the EU's State Aid regime*, Journal of European Public Policy 2, 2001, 193.

³³⁷ Sul tema la dottrina è molto vasta. Si richiamano BORCHARDT G., WELLENS K., *Soft law in European Community law*, In European law review, 1989, 267; THURER D., *The role of soft law in the actual process of European integration* in JACOT-GUILLARMOND O. E PESCATORE P., *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Zurich, 1990; TRUBEK D.M., COTTRELL P., NANCE M., *Soft law- hard law and European integration: toward a theory of hybridity* in DE BURCA G., SCOTT J., *law and governance in the EU and US*, Oxford, 2006; PETERS A., *Typology, Utility and legitimacy of European soft law* in EPINEY A., HAAG M., HEINEMANN A., *Die Herausforderung von grenzen: Festschrift für Roland Bieber*, Baden-Baden, 2007; CANNIZZARO E., REBASTI E., *Soft law in the EU legal order*, 208 e CHRISTIANOS V., *Soft law in the European Union: effectiveness and efficiency through the Court of Justice of the European Union*, Statement, 326.

³³⁸ Si richiamano BAXTER R. R., *International law in Her infinite variety*, The international and comparative law Quarterly, 1980, 549; ELIAS O., LIM C., *General Principles of law, Soft law and the identification of international law*, Netherlands Yearbook of international law, 1997,3.

³³⁹ SNYDER F., *Soft law and institutional practice in the European Community* in MARTIN S., *The construction of Europe*, Kluwer Academic Publishers, 1994, 198

³⁴⁰ POGGI A., *Soft law Nell'ordinamento comunitario*, in Annuario 2005, L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali, Atti del XX Convegno Annuale Catania, 14-15 ottobre 2005, Cedam, 2005.

Nell'ambito europeo la soft law opera a diversi livelli³⁴¹, sia nei rapporti orizzontali tra stati membri sia verticali tra Unione e Stati Membri sia nei rapporti tra UE e Parlamento, Consiglio, Commissione ed Agenzie Europee, producendo effetti nei confronti dei terzi. Essa si fonda sul rapporto tra Stati e tra Stati e Unione sul principio di leale cooperazione e, rispetto ai terzi, sull'adesione volontaria alle regole e che possono essere pubblicate nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità o destinate a non esserlo.

Le Istituzioni europee ricorrono alla soft law, per “*combinare flessibilità e sicurezza della e nella prestazione lavorativa o solidarietà e competitività nel sistema produttivo o ancora crescita economica e sostenibilità ambientale*”³⁴², ma anche per altri fini quali: garantire l'equilibrio tra i poteri istituzionali a mezzo di accordi non vincolanti e procedure informali³⁴³; consentire la trasformazione dell'apparato amministrativo dell'Unione con le Agenzie di regolazione e i loro poteri di *quasi-rulemaking*³⁴⁴; rafforzare i meccanismi di enforcement del diritto e dei poteri delle Agenzie in modo sussidiario rispetto ai meccanismi basati sulla *hard law*³⁴⁵ ed infine auto-veicolare la Commissione senza annullare la discrezionalità dei poteri ad essa assegnati dai trattati e dal diritto derivato³⁴⁶. Non solo, ma tali atti possono anche sospendere una condotta ritenuta non conforme dello Stato o di una delle Istituzioni dell'Unione, come nel caso dell'accordo tra i rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti. Infine la soft law può essere utilizzata come strumento di interpretazione delle norme di carattere obbligatorio, come nel caso dell'accordo di Lussemburgo, come mezzo di

³⁴¹ Anzitutto gli atti di soft law possono riguardare materie direttamente connesse con il trattato istitutivo e rispetto alle quali l'Unione ha una competenza esclusiva; materie che rientrano nell'oggetto del Trattato, ma per le quali l'Unione non ha una competenza esclusiva e nelle quali esiste un mero obbligo di coordinazione tra gli Stati membri; materie che non appartengono esplicitamente all'oggetto del Trattato, ma che, tramite un'interpretazione estensiva, materie per le quali deve ancora essere deciso se ed in quale misura la disciplina debba essere fatta a livello di Unione o di Stati membri, ed infine materie che in teoria non coinvolgono gli obiettivi del Trattato, ma che possono riguardarli in alcuni casi come per ciò che riguarda la Cooperazione Politica Europea.

³⁴² Si rimanda al concetto di “*flexsecurity*” sempre in DI ROBILANT, op.cit., 506.

³⁴³ Si richiama l'utilizzo di accordi non vincolanti e procedure informali per regolare l'esercizio del potere normativo delegato dall'art. 290 TFUE e ciò soprattutto dopo il Trattato di Lisbona. Sul punto CHRISTIANSEN T., DOBBELS M., *Non legislative Rulemaking after the Lisbon Treaty: implementing the new system of Comitology and delegated acts*, in *European Law Journal* vol. 19 n.1 gennaio 2013.

³⁴⁴ In tale caso le Agenzie hanno compiti e poteri di tipo strumentale ovvero di assistenza e supporto tecnico delle Agenzie che sono titolari di poteri decisionali. In tal modo esse operano mediante atti di soft law anche nella formazione di regole di diritto di piena *hard law*. In tal modo aumentano anche i poteri delle Agenzie a scapito della Commissione, secondo quanto prescritto nella nota sentenza Meroni: il divieto di delegare alle entità amministrative diverse dalla Commissione e dal Consiglio poteri ampiamente discrezionali (soprattutto se essi sono volti all'adozione di *regulatory measures* di tipo orizzontale).

³⁴⁵ Le agenzie infatti esercitano diversi poteri: quasi legislativi, regolatori, di vigilanza e sanzionatori come ad es. le Agenzie europee di cui al Reg. 1093/2010. Boschetti *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 2/2016.

³⁴⁶ Si richiama il noto caso *Kotnik*: Corte di Giustizia decisione 19 luglio 2016 C-526/14 in particolare i punti 39-45 ove viene valutata la vincolatività di una comunicazione nell'ambito del settore bancario che doveva ritenersi vincolante solo per gli stati e non per i destinatari finali con la conseguenza che contro di essa non era esperibile il rimedio del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

interpretazione dell'articolo 205 del Trattato sull'Unione ed anche come strumento per favorire l'integrazione europea³⁴⁷ oltre che divenire parte del c.d. *acquis communautaire*.

La soft law, a livello europeo quindi, viene sempre più valorizzata come strumento di garanzia dell'uniforme applicazione ed effettività del diritto UE e, al contempo, come strumento per realizzare riforme in ambiti, quali quello occupazionale e sociale in cui è più complesso ricorrere all'utilizzo dei tradizionali strumenti di armonizzazione hard, essendo la soft law lo strumento più efficace, nel momento in cui, con raccomandazioni e dichiarazioni promuove più adeguatamente la dignità umana e eque condizioni di lavoro³⁴⁸.

La scelta di strumenti soft a livello europeo è frutto di motivazioni variegata: la flessibilità di tali atti e la gradualità con cui consentono di raggiungere gli obiettivi, la capacità di adeguarsi al progredire scientifico e tecnologico³⁴⁹, oltre alla volontà degli Stati membri di non vincolarsi eccessivamente come accadrebbe con un atto pienamente vincolante³⁵⁰.

Esistono esempi di fonti di soft law europea che costantemente influenzano³⁵¹ la vita degli Stati membri: basti pensare alle raccomandazioni, le quali sebbene costituiscano atti ufficiali dell'UE, non hanno carattere vincolante, rappresentando provvedimenti (la cui inosservanza non comporta alcuna sanzione) che mirano ad ottenere unicamente che il destinatario (sia esso una Istituzione comunitaria, uno Stato od un soggetto di diritto interno), tenga un certo comportamento, in maniera tale da raggiungere determinati risultati desiderabili³⁵².

³⁴⁷ ELIANTONIO M., OANA S., *Soft law before the European Courts: discovering a common pattern?*, in Yearbook of European law, Vol. 37, n.1, 2018, 457-469, ma anche KLABBERS J., *The undesirability of soft law in Nordic journal of international law*, 381-91; ARMSTRONG K.A., *The Character of EU law and governance: from community method to new modes of governance*, 2011, 64

³⁴⁸ SOMMA, op.cit., avvertenza.

³⁴⁹ DUBOIS MALJEAN S., *Biodiversità biotechnologies, biosecurity: le droit international desarticulé*, in JDI, 949.

³⁵⁰ Sulle ragioni per cui gli Stati non si vogliono vincolare in determinati settori, Weiler J.H.H., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003, 127.

³⁵¹ La soft law è capace di influenzare il diritto nazionale poiché le fonti europee sono parte del sistema normativo statale e quindi ben possono mettere in discussione la stabilità della sovranità popolare realizzare contrasti tra principi fondamentali europei e principi fondamentali della Costituzione. Rispetto a tali rischi sono emerse due diverse teorie: la prima secondo cui la soft law, invece, incrementerebbe la cooperazione tra Stati con procedimenti "non impositiv" ma basati su un coinvolgimento spontaneo e quindi la soft law potrebbe bilanciare il deficit democratico; la seconda diversamente costruisce una soft law diversa, che assicura discrezionalità e possibilità di eludere le procedure formale con l'intervento di organi che agiscono senza una legittimazione democratica. ALGOSTINO, op.cit., 279, ma anche per la crisi della sovranità, MORRONE A., BILANCIA F., *sotto la voce "sovranità"*, al XXXI Convegno annuale dell'associazione italiana dei Costituzionalisti (AIC), Trento, 11-12 novembre 2016.

³⁵² È interessante richiamare il pensiero di chi ritiene che le raccomandazioni incarnino lo spostamento del diritto "dall'atto tipico normativo della legge vincolante a quello dell'opinione da qui nasce l'evocazione della soft law come categoria pregnante in grado di catturare l'essenza del nuovo diritto". Infatti, delle raccomandazioni si mette in evidenza la natura di persuasive authority, come indicazioni di scopo anche per chiarire il senso delle norme nazionali in modo tale che "il giudice non sia più soggetto soltanto alla legge, cioè all'atto normativo vincolante che egli è chiamato ad interpretare". Quindi tra l'atto soft, ovvero la raccomandazione e l'interpretazione si crea un legame che conduce la raccomandazione ad essere interpretata quale atto non vincolante come atto normativo, ma vincolante come atto di indicazione interpretativa per il senso che deve essere attribuito dal giudice ad un atto normativo la cui fonte sia rintracciabile nel diritto europeo. MONATERI P.G., *Relazione al convegno Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, aprile 2009.

Di fatto, però, le raccomandazioni³⁵³ influenzano il comportamento dei soggetti giuridici ai quali sono destinate, producendo effetti nei loro confronti, sia pur dotati di minor grado di intensità ed efficacia rispetto altri atti a carattere vincolante, quali ad esempio i regolamenti e le direttive. Anche con riguardo a quest'ultimo tipo di atti, tuttavia, si riscontra una tendenza al rinvio a meccanismi e procedure "informali" per la trasposizione dei propri contenuti negli ordinamenti nazionali. Possiamo citare la Direttiva sulle vendite a distanza (n. 7/1997), la quale all'articolo 11.4 afferma: "*Member States may provide for voluntary supervision by self-regulatory bodies of compliance with the provisions of this Directive and recourse to such bodies for the settlement of disputes to be added to the means which Member States must provide to ensure compliance with the provisions of this Directive*". La Direttiva autorizza gli Stati membri a ricorrere a "*self-regulatory bodies*" (organismi autonomi), i quali si occupano della vigilanza sul rispetto delle sue disposizioni, nonché della composizione di eventuali controversie insorte riguardo la loro applicazione. Si tratta di organismi che non si sostituiscono, ma si aggiungono ai mezzi tradizionali con cui viene assicurata, all'interno degli Stati membri, la ricezione dei contenuti delle direttive.

Si richiamano ancora, come esempio degli atti di soft law emanati dalla Commissione, oltre alle raccomandazioni, i pareri, i libri bianchi,³⁵⁴ i libri verdi, le azioni di programma, le comunicazioni³⁵⁵ ed infine le lettere, come ad esempio quella inviata il 5 agosto 2011 dalla Banca Centrale Europea al Governo italiano che costituisce un esempio chiarissimo di soft law europea³⁵⁶. Vi sono poi numerosi atti adottati dal Consiglio come ad esempio risoluzioni, conclusioni, dichiarazioni. Ancora si richiamano, tra gli atti adottati da altre Istituzioni, i regolamenti della BCE, i pareri del Comitato delle regioni e del Comitato economico e sociale.

Come esempio di soft law europea, va posta l'attenzione sulle comunicazioni che, pur non essendo previste dall'art. 288, costituiscono una tipologia di soft law, in particolare quelle c.d.

³⁵³ Con tali atti la Commissione influenza i comportamenti degli stati membri cui esse sono indirizzate, nel senso che gli Stati vengono invitati ad adottare misure, sia legislative sia amministrative, per implementare ed indirizzare con la propria normativa gli scopi contenuti nelle stesse raccomandazioni, pur non avendo queste ultimi binding force. SENDEN, op.cit., 167. La ratio delle raccomandazioni risiede nell'intenzione degli Stati membri di non voler essere eccessivamente vincolati con le direttive e quindi la soft law in questa ipotesi funziona come *permanent para law*, influenzando una certa materia o un certo settore anche molto a lungo.

³⁵⁴ Nel "*la governance europea- Un libro bianco*", redatto dalla Commissione, si legge che "*l'atto normativo è soltanto parte di una più ampia soluzione, nella quale si combinano norme formali con altri strumenti non vincolanti quali le raccomandazioni, gli orientamenti...*"

³⁵⁵ In particolare della categoria delle comunicazioni, essa si distingue per essere una categoria ampia ed eterogena di cui sono state elaborate diverse classificazioni: la prima basata sui destinatari (MELCHIOR M., *Le communication de la Commission. Contribution a l'etude des actes communitaires non revus par les traites* in MELANGES FERNAND DEHOUSSE, II, la construction européenne, Bruxelles, 1979, 243; la seconda fondata sulle finalità dell'atto (MATTERA A., *Il mercato unico europeo*, Torino, Giappichelli, 1898, 43); in tema anche SENDEN, op.cit., 133, ma anche SNYDER, op.cit., 19 e ss.

³⁵⁶ Secondo Algostino è difficile trovare un esempio "che meglio condensi i caratteri della soft law, ovvero informalità, flessibilità, potere di fatto, non forma dell'atto (una lettera), l'esercizio di un potere che esula dalle facoltà proprie del soggetto autore dell'atto, la carenza di legittimazione, ma al contempo costringente anche se non vincolante. Sempre secondo Algostino ciò si iscrive in un'ottica ben precisa quella di realizzare l'effettività che travolge regole e procedure. ALGOSTINO A., *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?* In *Costituzionalismo.it*, 3/2016, 256.

interpretative³⁵⁷ ovvero adottate al fine di “*dirigere l’interpretazione del diritto comunitario nei casi in cui la stratificazione della normativa in materia genera incertezza tra gli operatori*”³⁵⁸, indirizzando così l’attività degli stati membri e dei soggetti privati in settori strategici³⁵⁹.

In un’accezione più ampia, il termine soft law ricomprende invece diversi fenomeni normativi che, pur avendo un’efficacia paragonabile alle leggi in senso formale, poiché in grado di incidere sulla volontà e la libertà dei destinatari, non determinano l’insorgenza di una vera e propria obbligazione giuridica, bensì di una “*soft obligation*”, ossia di un’obbligazione priva di vincolatività sul piano giuridico.

Le ragioni dell’uso di questa tecnica legislativa sono riconducibili alle esigenze di adottare strumenti normativi dotati di maggiore flessibilità e come tali in grado di essere adattati più rapidamente alla continua evoluzione alla quale sono soggetti certi settori o di rendere possibile, in alcuni ambiti, il recepimento, all’interno di uno o più ordinamenti, di *best practices* prodotte dagli organismi internazionali. Si può pensare ad esempio al settore finanziario che, nella gran parte degli ordinamenti nazionali è oggetto di un sistema complesso di regole in cui, in genere, la legge in senso formale contiene solo i principi fondamentali che presiedono alla gestione delle relative attività, mentre la definizione in dettaglio della regolamentazione viene spesso affidata alle autorità di vigilanza preposte al settore. Queste ultime non fanno altro che immettere nell’ordinamento regolazioni di soft law e non è infrequente che le scelte regolamentari effettuate in quelle sedi vengano poi recepite da atti normativi di organismi internazionali o sovranazionali, come più volte è avvenuto, proprio nel settore in questione, con le direttive dell’Unione europea, che hanno trasformato, attraverso il procedimento legislativo comunitario, regolazioni di soft law in atti vincolanti.

³⁵⁷ Oltre a quelle interpretative, vi sono le comunicazioni c.d. informative, c.d. decisorie (che indicano le linee di condotta in un certo settore) Sul loro ruolo si veda MENGOZZI, op.cit., 121 ma anche REALE M.C. *Le comunicazioni interpretative della Commissione delle Comunità europee*, in Riv. dir. europeo, 1993, 507.

³⁵⁸ POGGI, op.cit., 390.

³⁵⁹ Si ritiene che le Comunicazioni costituiscano la tipologia di soft law più consistente nei settori strategici per la realizzazione del mercato comune: esse sono difatti costruite con la finalità di indirizzare, in determinati settori, l’attività degli Stati membri e dei soggetti privati – nel caso specifico, gli internet service providers. Sul punto, Poggi, op.cit., 18 ed anche D’ALFONSO G., *Verso una maggiore responsabilizzazione dell’hosting provider tra interpretazione evolutiva della disciplina vigente, innovazioni legislative e prospettive de jure condendo*, www.federalismi.it, 1/2020, 142.

Tale soft law ha un vero e proprio effetto normativo³⁶⁰ che si spiega attraverso l'aderenza a tali atti da parte dei consociati, come si evince oltre che nel caso Kotnik³⁶¹ anche nel caso DHL Express Italia³⁶² e Kone³⁶³ ove si analizza la natura vincolante o meno della soft law della Commissione in materia di programmi di clemenza in relazione alle Autorità Nazionali della concorrenza facenti parte dell'ENC.

Secondo una parte degli interpreti³⁶⁴, tali atti di diritto europeo non hanno carattere vincolante ai sensi dei Trattati, pur avendo effetti giuridici. Sia a volerle ritenere regole di condotta a carattere generale, sia a voler reputare che tali atti possano essere compresi mediante un richiamo alla distinzione operata nell'art. 288 TFUE tra atti vincolanti e non vincolanti, sia a voler abbracciare la posizione anglosassone secondo cui gli atti di soft law non hanno carattere vincolante, ma producono effetti giuridici, comunque sembra che per la maggior parte degli interpreti siano *legally non binding*.³⁶⁵

Tuttavia, partendo dall'assunto che degli effetti giuridici vengano prodotti, siano essi diretti o indiretti, tali atti sono dotati di una loro informale obligatorietà: essi producono un atto non vincolante, ma che produce degli effetti e degli obblighi soft e rispetto a cui va tenuta in conto la loro mancata previsione nel novero delle fonti di produzione del sistema. Tuttavia ciò non impedisce che tali atti abbiano comunque degli effetti giuridici che vanno indagati per comprendere il ruolo della soft law nell'ambito delle fonti del diritto comunitario. Ne sono un esempio le Better regulation guidelines del 2015 che *“have a practical effects as they form the basis of the evaluations of the RSB that are clearly meant to be followed”*.

³⁶⁰ Si richiama ad es. l'Atto riguardante le condizioni di adesione alla Comunità Europea del Regno Unito, Danimarca e Irlanda, il quale indica un implicito riconoscimento di soft law. Il primo paragrafo dell'articolo 3 riguarda decisioni e accordi adottati dai rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in Consiglio così come ogni altro accordo concluso dagli Stati membri relativamente alle funzioni delle Comunità o connessi con le loro attività; il secondo di accordi ex art. 293; il terzo dice che i nuovi Stati membri sono nella stessa posizione degli Stati originari per ciò che riguarda le dichiarazioni, risoluzioni o altre posizioni presi dal Consiglio nel rispetto di quelli riguardanti le Comunità Europee adottate tramite accordi degli Stati membri. Il paragrafo continua dicendo che i nuovi Stati membri osserveranno i principi e le linee guida derivanti da quelle dichiarazioni, risoluzioni o altre posizioni e prenderanno tutte le misure necessarie per garantire la loro applicazione. Questo genere di atti menzionati in questo terzo paragrafo sembrano proprio corrispondere alle caratteristiche degli atti di soft law.

³⁶¹ Corte di Giustizia decisione 19 luglio 2016 C-526/14.

³⁶² CGUE, decisione 20 gennaio 2016, C- 428/14 punti 42-44.

³⁶³ CGUE, decisione 5 giugno 2014 Kone e a. C- 557/12 punto 36.

³⁶⁴ Secondo Snyder esiste una forma di vincolatività degli atti di soft law europea: *“legal effects can consist of providing a normative framework for future negotiations and for potential arguments or conflicts; binding the enacting institution and also the institutions which are parties to an inter-institutional agreement; concretizing the duty of institutional cooperation; creating the expectation that the enacting institution will comply with the rules it laid down in a soft law instrument; producing a stand-still effect on the non-conforming conduct of a state or institutions; and influencing the legal rights and obligations of third parties”*. Ancora ELIANTONIO E STEFAN, op.cit., 462.

³⁶⁵ BORCHARDT, WELLENS, op.cit., 285.

Da una parte, infatti, alcuni studiosi si sono interrogati sulla compatibilità di tali atti con il principio di legalità³⁶⁶. Anticipando alcune riflessioni che verranno svolte nel capitolo dedicato ai problemi di compatibilità della soft law con il principio di legalità, la dottrina più attenta³⁶⁷ ha posto in luce l'assenza di una Costituzione, ma soprattutto di una fonte quale la legge che non permette di valutare adeguatamente lo sviluppo del diritto europeo in termini di legalità³⁶⁸. Anzi è proprio tale vuoto nella normazione che ha consentito alla soft law di imporsi ed ampliare il suo ambito ad una congerie di atti e strumenti eterogenei con una funzione parzialmente vincolante e con effetti giuridici non pieni³⁶⁹.

Nella nota ricostruzione di Senden³⁷⁰ già richiamata per il diritto internazionale, anche a livello europeo gli atti di soft law si possono distinguere in pre-law (strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti come libri bianchi, libri verdi)³⁷¹, post law (strumenti di interpretazione di atti vincolanti come le linee guida e i codici di condotta)³⁷², e para-law (strumenti alternativi di atti vincolanti come

³⁶⁶ Sulla rilevanza del principio di legalità a livello europeo si rinvia alla trattazione di GUASTAFERRO B., *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, Giappichelli, 2013, la quale, tra l'altro evidenzia come, sebbene non in modo esplicito, tale principio, inteso nella sua accezione più lata, implicante la garanzia di un controllo dell'azione del pubblico potere alla luce di una norma, viene comunque richiamato implicitamente all'art. 6 par. 1 del Trattato sull'Unione europea laddove si afferma che l'Unione si fonda sui principi di democrazia e dello stato di diritto, principi comuni agli stati membri.

³⁶⁷ LUCIANI M., *Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea*, in *Annuario 2005, l'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Atti del XX Convegno Annuale Catania, 14-15 ottobre 2005, Padova, Cedam, 2005, ma anche la dottrina internazionalista, Klabbers, op.cit., 391, ha evidenziato che la soft law costituisce solo un pericolo che non la rende "desiderabile" poiché introduce interessi politici o di parte nell'ordinamento che fanno perdere di oggettività e di autonomia le norme giuridiche che ne derivano tanto da porre in pericolo il principio di legalità.

³⁶⁸ Ciò a condizione di ritenere ancora embrionale l'idea di una legalità sovranazionale; diversamente, Guastafarro, conferisce una propria esistenza ed autonomia ad un principio di legalità europeo, laddove ormai l'Unione è ritenuta "organisme de droit publique". AZOULAI L., *Le principe de legalité*, in AUBY J.B., DUTHEIL DE LA ROCHERE J., *Droit administratif europeenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 394. sebbene, manchi una vera supremazia della legge nella gerarchia delle fonti normative, con tutte le conseguenze che ciò comporta, sia in termini di mancanza "nel contesto comunitario di un equivalente funzionale della legge promanante dall'organo rappresentativo della volontà generale né una gerarchia delle norme, data la proverbiale unitarietà del diritto secondario comunitario". GUASTAFERRO, op.cit. Sul punto, però, secondo alcuni "la distinzione tra atti legislativi e atti non legislativi introdotta dal Trattato di Lisbona ha rinvigorito l'analisi su un potenziale ed embrionale ordine gerarchico tra le fonti comunitarie". ZILLER J., *La nuova costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003 e BILANCIA F., *Considerazioni critiche sul concetto di legge europea* in www.associazionedei costituzionalisti.it.

Correlato al problema di compatibilità con il principio di legalità è quello sulle incertezze su natura ed effetti che provoca dubbi di legittimità tanto che secondo una parte della dottrina il pericolo più serio dell'eccessivo ricorso ad una soft law comunitaria è quello di "creare obblighi di comportamento falsando i meccanismi istituzionali, senza offrire adeguate garanzie per gli interessati". STROZZI G., *Diritto dell'Unione Europea. Dal Trattato di Roma alla Costituzione Europea*, Torino, Giappichelli, 2005, 223.

³⁶⁹ In tema anche BONACCHI G., (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, 71.

³⁷⁰ SENDEN, op.cit., 112.

³⁷¹ Come esempio di pre-law si ricordano le linee direttrici quale "parametro normativo delle future decisioni della Commissione in materia" ovvero "disciplina astratta della materia", Poggi op.cit., 9. Ancora i libri bianchi e verdi, oltre ai programmi di azione che prefigurano ed anticipano interventi normativi. In tal senso affermare che un atto si anticipatorio (rispetto ad un atto normativo), significa attribuire alla soft law la produzione di "indirect legal effects" sia rispetto alla successiva previsione normativa, sia nei confronti dei legislatori degli Stati membri. Sugli effetti anticipatori degli atti soft, la dottrina ha evidenziato come si rischi di "coartare la volontà del Parlamento già dimidiata dal ruolo della Commissione e del Consiglio nel processo legislativo". Ed inoltre, se un atto vincolante recepisce indicazioni contenute in un atto soft, tale atto vincolante deve veder riconosciuti i propri effetti giuridici, pena la sottrazione alla giurisdizione della Corte di Giustizia. ALGOSTINO, op.cit., 276-277.

³⁷² Si richiama ad es. l'ipotesi in cui un atto di soft law crei l'aspettativa che la condotta degli Stati sia in conformità alle regole di condotta in esso contenute. Un esempio di questa funzione può essere dato dai programmi del Consiglio

le raccomandazioni, i pareri, le comunicazioni)³⁷³. Il problema diventa capire come è possibile che, senza che i Trattati ne prevedessero espressamente l’emanazione³⁷⁴, tali atti vengano emanati e ad essi vengano attribuiti effetti giuridici³⁷⁵. Una possibile strada, a meno di non voler ritenere che la vincolatività derivi dall’effettività di tali atti, è ritenere l’art. 288 come norma di riconoscimento degli effetti giuridici anche degli atti non vincolanti.

Secondo coloro che invece ritengono che gli atti di soft law siano talmente eterogenei da ricomprendere atti vincolanti e non, la loro mancanza di vincolatività potrebbe essere superata dal consenso sostanziale alle regole prestato da chi le ha sottoscritte o hanno partecipato alla loro formazione ovvero, nella prassi, che ne hanno rispetto, ritenendole davvero vincolanti³⁷⁶. Sul punto, la dottrina precisa che “*si tratta di prescrizioni reciproche presupposte, non formalizzate, vincolanti nei fatti ma non sanzionabili giuridicamente: vincolanti ma non vincolanti*”, nei rapporti tra Stati e tra Stati ed Unione³⁷⁷. La soft law europea, si distingue da quella internazionale e per questo costituisce una tipologia di soft law a sè stante in quanto è costituita da atti che realizzano un vero e proprio vincolo giuridico *più preciso*, in cui atti atipici costituiscono strumenti di diritto mite, con efficacia giuridica minore e diversa dalle fonti tipiche. Per questo sembra possa ritenersi che la soft law europea non sia una vera e propria fonte, bensì uno strumento di diritto con effetti attenuati, funzionali a determinati obiettivi, collegata con il potere comunitario di indirizzo politico e non legato alla forza coattiva o al comando³⁷⁸.

Altro aspetto distintivo dalla *prima* soft law, riguarda, secondo la dottrina, l’atteggiarsi della soft law europea come tecnica di regolazione. Tale tesi valorizza il carattere di tecnica di regolazione della soft law in funzione preparatoria ai tradizionali sistemi di produzione delle regole così come previsti dai Trattati, esprimendosi in “*commitments which are more than policy statements but less than law in its strict*

sulla politica economica a medio termine che “*costituiscono linee guida per l’azione delle Istituzioni dell’Unione e degli Stati membri*”.

³⁷³ Secondo la dottrina, solo la para law integrerebbe atti di soft law poiché tali atti danno vita ad atti alternativi alla legislazione. SENDEN, op.cit., 219.

³⁷⁴ Sicuramente il Trattato ha razionalizzato gli atti comunitari ed inoltre la soft law europea può essere comunque letta come una categoria giuridica presente nel Trattato: infatti nella parte III sono elencati vari strumenti non elencati all’art. I-33 e tuttavia dotati di effetti giuridici che porta a ritenere che l’art. I-33 non contiene un elenco tassativo e chiuso di atti. Quindi la lettura in particolare dell’art. I-33 porta a ritenere che il Trattato, seppur indirettamente, preveda l’esistenza della soft law accanto ad una soft law lasciata “*libera alle Istituzioni*”, sebbene con alcune limitazioni (I-33 par. 2 e I-38 par. 1) e si richiamano, solo a titolo di esempio, le conclusioni, gli accordi comunitari, gli accordi interistituzionali.

³⁷⁵ Citiamo la relazione generale sull’attività dell’ente, pubblicata ogni anno dalla Commissione; il programma generale per la soppressione delle restrizioni in materia di libera circolazione dei servizi del 1961; il parere motivato emesso dalla Commissione per i casi di violazione di obblighi comunitari posti agli Stati membri; il programma generale per l’eliminazione degli ostacoli tecnici agli scambi del 1969; la dichiarazione comune in materia di diritti dell’uomo; il programma d’azione in materia di tutela dell’ambiente; le comunicazioni della Commissione; le risoluzioni del Parlamento e della Commissione.

³⁷⁶ PALERMO F., *La forma di stato dell’Unione Europea*, Padova, Cedam, 2005, 204-205.

³⁷⁷ PIZZETTI F.G., *Riflessioni sul principio di leale cooperazione nell’ordinamento comunitario* in BILANCIA P., PIZZETTI F.G. (a cura di), *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, Giuffrè, 2004, 91.

³⁷⁸ MANFRELLOTTI R., *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell’integrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2004, 192 e FERRARESE M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.

sense. They all have in common, without being binding as a matter of law, a certain proximity to the law or a certain legal relevance”³⁷⁹. La *ratio* di ricorrere alla soft law come tecnica di regolazione risiede nella necessità di superare il paradosso proprio del processo di integrazione europea secondo cui essa è in tensione tra “*the powerful political attachment to a traditional and high form of constitutionalism which is focused on limited EU powers, clarity in the division of competences between States and the Eu on the one hand; and the reality of a highly reflexive and programmatic forms of governance entailing the expansion of Eu activity into virtually all policy fields, profound degree of mixity in terms of the sharing of competence between levels and sites of decision-making*”³⁸⁰. È quindi al fine di risolvere tale paradosso che nell’Unione Europea l’utilizzo di fonti rientranti nell’ampio ombrello della soft law è diffusissimo e a volte preferito agli atti di carattere vincolante previsti dagli stessi Trattati istitutivi che non riescono allo stesso modo, proprio perché vincolanti, a stemperare, con la loro informalità, le posizioni divergenti tra gli Stati Membri ed anche a produrre un consenso tra gli Stati per le politiche comuni³⁸¹.

È opportuno soffermare l’attenzione anche sul ruolo della giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁸². Infatti, nelle sentenze degli organi giudiziari europei, sia la Corte di Giustizia, sia il Tribunale di Primo Grado, fino ad un certo periodo³⁸³ non vengono affrontate questioni aventi ad oggetto strumenti di soft law. Inoltre tale termine non ricorre nelle pronunce³⁸⁴, sebbene, come non ha mancato di precisare la dottrina, “*è stata proprio la giurisprudenza comunitaria a costituire l’alveo naturale della sua formazione e del suo successivo sviluppo come diritto comunitario*”³⁸⁵. Infatti, la Corte già da tempo non segue più il criterio secondo cui l’applicazione del diritto comunitario è garantita solo da atti formali adottati a norma del Trattato (Causa 74/96 del 18 giugno 1970), ma ha cominciato a dichiarare ricevibili anche ricorsi contro atti non nominati dai Trattati, tenendo quindi un

³⁷⁹ THURER D., *The role of soft law in the actual process of European integration*, in JACOT O., GUILLARMOND AND PESCATORE, *L’avenir du libre-change en Europe: vers un espace économique européen* Zurich, 1990, 132.

³⁸⁰ DE BURCA G., *The Constitutional Challenge of new Governance in the European Union*, *European Law review*, 2003, 814.

³⁸¹ Le diffuse capacità degli atti soft rispetto agli atti vincolanti di hard law sono messe in luce da numerosi esponenti della dottrina: TRUBEK M., COTTREL P. NANCE M., *Soft law, Hard law, and European integration: toward a theory of hybridity*, op.cit., DE BURCA, op.cit., 824 e anche LENSCHOW A., *New regulatory approaches in “greening” EU Policies*, *European Law Journal*, 2002, 8,19. Ed anche KENNER J., *Il capitolo sull’occupazione del Trattato di Amsterdam e le politiche della terza via: quali prospettive per la soft law?* In *dir delle rel. Industriali*, 1999, 416.

³⁸² Si richiama la trattazione di ELLANTONIO E STEFAN, op.cit., 459, che analizzano approfonditamente il ruolo della Corte di Giustizia: “*some early studies have suggested that soft law is not suitable for Court use, recent empirical work appears to suggest that the approach of EU courts is largely dictated by the policy area and the particular features of the soft law employed*” e poi ancora “*The Court is adopting a rather unclear view in its preliminary references, by imposing duties on national courts to take EU soft law into consideration while duly noting that such instruments cannot be binding at the national level*”. Vedi anche CHINKIN C.M., *The Challenge of soft law: development and change in International law*, 1989, 38 e STEFAN O., *Soft law in Court: competition law, State Aid and the Court of justice of the European Union*, Kluwer, 2013.

³⁸³ Stefan fornisce alcuni grafici con cui indica il numero dei casi in cui sono menzionati gli strumenti di soft law tra il 2000 e il 2006 nelle controversie innanzi alla Corte di Giustizia. STEFAN A.O., *European Competition soft law in European Courts: a matter of hard principles?* *European Law Journal* Volume 14, Issue 66, 2008, 6 e ss.

³⁸⁴ E’ Poggi che precisa come “*nella giurisprudenza della Corte non compaia mai il termine soft law, anche se la Corte ne riconosce l’adottabilità e la possibilità che tali atti producano effetti giuridici*”. POGGI, op.cit.

³⁸⁵ POGGI, op.cit., 380.

approccio sostanziale³⁸⁶ e valutando quindi gli atti sotto il profilo degli effetti giuridici al di là della veste formale³⁸⁷: in tal modo si riconosce spazio autonomo agli atti di soft law, come ad esempio nelle cause Salvatore Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles (Case C-322/88) e Tadej Kotnik and others v Drzavni zbor Republike Slovenije (Case C-526/14).

Rispetto a tali atti, la Corte si è pronunciata, non solo verificandone la conformità al quadro normativo europeo, ma anche riconoscendo un carattere “creativo” all’atto di produrre effetti, al di là del suo inquadramento formale, ricostruendoli alla stregua di fonti sulla produzione³⁸⁸.

Dall’analisi effettuata da Korkea-aho nella banca dati della Corte Europea, emerge che la Corte sta, piano piano, affrontando questioni aventi ad oggetto atti soft e riconoscendo un effetto giuridico agli atti di soft law in casi limitati, ovvero quando la soft law incoraggia l’introduzione di una nuova obbligazione, come nel giudizio France v. Commissione (Case C-366/88), in cui una delle Istituzioni europee esercita la propria discrezionalità o ha intenzione di emanare un atto produttivo di effetti giuridici come è avvenuto nel giudizio Dansk Rorindustri and Others v Commissione (Case C-213/02)³⁸⁹. Pertanto, la soft law europea viene anche ritenuta quale mezzo idoneo a creare le basi per il judicial review e per l’interpretazione dell’hard law³⁹⁰.

Rispetto al rapporto con quest’ultima,³⁹¹ una parte degli interpreti,³⁹² ha affrontato il tema della trasformazione della soft law in hard law mediante le sentenze della Corte di Giustizia. Non vi è una vera e propria trasformazione, bensì la Corte riconosce gli effetti legali di documenti non vincolanti inquadrando il loro status come specifiche ed importanti parti del quadro normativo europeo. Si richiama il caso delle linee guida emanate dalla Commissione che sono ritenute dalla Corte “not rules of law that the administration is always bound to apply but rules of practice”³⁹³. Tale

³⁸⁶ Sull’idea di un sistema delle fonti UE non costruito su base formale, D’ATENA A., *L’anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 4/2001, 591.

³⁸⁷ Sul punto si richiama, tra i tanti, WEILER J.H.H., *La Corte di Giustizia e l’integrazione europea*, in BEUTLER B., BIEBER R., PIPKORN J., STREIL J. AND WEILER J.H.H., *L’Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998, 23 ed anche MENGOLZI P., *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, Riv. dir. Europeo, 1992, 511 e ss. ancora JACOBS F.G., *Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court?* In CURTIN D., O’KEEFE D., (a cura di), *Constitutional Adjudication in European Community and National law*. Essays for the Hon. Mr. Justice, London, 1992.

³⁸⁸ Algostino sottolinea i rischi connessi al riconoscimento da parte della Corte, di tali atti come produttivi di effetti e sul ruolo della Corte quale “fonte sulla produzione”: infatti ciò indice sulla separazione dei poteri, sulla legittimazione democratica del diritto. ALGOSTINO, op.cit., 278.

³⁸⁹ In merito alla sentenza citata, BLUMANN C. E DUBOIS L., *Droit institutionnel de l’Union européenne*, Paris 2013, 726, che esaltano un aspetto rilevante: nella sentenza la Corte fa riferimento a norme di comportamento indicative della prassi da seguire dalla quale l’amministrazione non può discostarsi senza fornire ragioni compatibili con il principio di parità di trattamento.

³⁹⁰ SNYDER F., *Interinstitutional Agreements: forms and Constitutional Limitations* in WINTER G., *Sources and categories of European Union law: A comparative and reform prospective*, Baden-Baden, nomos, 1996, 463.

³⁹¹ Il dato distintivo tra soft e hard law risiede nel fatto che solo la seconda ha effetti vincolanti e quindi secondo una parte della dottrina, tale differenza si sviluppa sul solo piano finalistico poiché: “if no such binding force has been attributed to a Community instruments and it has only some legal scope and practical effect, the one can speak of a soft law instruments”. SENDEN, op.cit., 112 la quale valorizza la prospettiva funzionalista entro cui chiarire la differenza tra hard law e soft law.

³⁹² STEFAN, op.cit.

³⁹³ Service v. Commission (Case C-167/04).

conclusione deriva da un confronto con la versione francese della sentenza ove viene prescritto che “*elles ne sauraient être qualifiées de règle de droit à l’observation de laquelle l’administration serait, en tout cas tenue elles énoncent toutefois une règle de conduite indicative de la pratique à suivre*”. In tal modo sembra che la Corte ben distingua tra *rules of law* e *rules of practice*., in cui l’effetto legale può essere anche conferito alle linee guida, se intese quali *rules of practice*.

Altro aspetto interessante sulla valutazione, da parte della Corte, degli atti di soft law, riguarda l’esito di un giudizio innanzi alla Corte produce l’annullamento dell’atto (anche se atipico o innominato³⁹⁴), contro cui viene prodotto il ricorso e ciò porta a pensare che la Corte in tal modo attribuisca un peso a tali atti ritenendone implicitamente l’adozione consentita (se sono poi annullabili), al di là della loro previsione nei Trattati. Correlativamente, va considerato che l’annullamento dell’atto dimostra che la Corte ne sancisce implicitamente anche l’obbligatorietà, pari a quella che riconosce agli atti indicati nei Trattati, oltre alla produzione di effetti o almeno di una legittima aspettativa per i terzi³⁹⁵.

Rispetto al ricorso per annullamento, quindi, la Corte sposa un’interpretazione sostanzialista: guarda agli effetti e non considera la qualificazione formale dell’atto, ritenendo ricevibili i ricorsi quando i ricorrenti dimostrino che comunque vi è stata la produzione di un effetto giuridico³⁹⁶, indipendentemente dalla natura e dalla forma³⁹⁷. Pertanto, il ricorso, se l’atto è atipico o innominato e quindi manca una base formale, si fonda, alternativamente, su uno di questi principi: il principio

³⁹⁴ La produzione di effetti giuridici in mancanza di un’espressa efficacia vincolante si declina sia rispetto agli atti atipici, ovvero quelli che per natura, caratteri ed effetti si discostano dalla tipologia dell’atto a cui sono ricondotti, sia in relazione agli atti non previsti (o innominati) che non sono presenti all’art 288 TFUE né nei Trattati. STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell’Unione Europea*, Parte Istituzionale, Torino, Giappichelli, 2013, 305-307.

³⁹⁵ Ad esempio le comunicazioni possono influenzare i comportamenti e generare nei soggetti un legittimo affidamento. MOSTACCI, op.cit., 89 ed anche STROZZI E MASTROIANNI op.cit., 307.

³⁹⁶ Sent. 31 marzo 1971 causa C22/70 Commissione V. Consiglio; sent. 9 ottobre 1990 causa C366/88, Francia v. Commissione.

³⁹⁷ Kingdom of Spain v. Commission of the European Communities, 6 aprile 2000 (Case C-443/97).

di certezza³⁹⁸, il principio di cooperazione³⁹⁹ e il principio di competenza⁴⁰⁰, oltre che sulla costruzione di un sistema di fonti orientato secondo la previsione di una gerarchia tra le stesse⁴⁰¹.

Ancora, la Corte di Giustizia, si è interessata della soft law sotto altri due aspetti. Il primo riguarda la definizione ed il ruolo che ne ha delineato attraverso le proprie pronunce. Va richiamato il caso 310/85 *Deufil GmbH Co. Contro Commissione* avente ad oggetto alcune linee guida fornite dalla Commissione sugli aiuti di Stato all'industria tessile. Il ricorso era stato promosso in base all'art. 263 TUE (230, 2° comma del trattato CE), da un produttore di fibre sintetiche, che domandava l'annullamento di una decisione della Commissione avente ad oggetto gli aiuti concessi a

³⁹⁸ Si richiama il caso, Spagna v. Commissione C443-97, in cui la Spagna chiedeva l'annullamento di linee direttrici che la Commissione aveva adottato in una comunicazione in applicazione di regolamenti comunitari in materia di Fondi strutturali. La Corte dichiarava il ricorso irricevibile asserendo che le linee guida impugnate “*rendono manifesta solo l'intenzione della Commissione di seguire una determinata linea di condotta nell'esercizio della competenza attribuitale*”, ritenendo quindi la comunicazione un atto soft inidoneo a produrre veri effetti giuridici e ritenuto parametro normativo delle future decisioni della Commissione in quella specifica materia.

³⁹⁹ Ai sensi dell'art. 10 CE, il principio di cooperazione viene assunto come fondamento di atti adottabili quando non si può “*establish a common policy because there are divergences of interest which it has not yet been possibile to resolve*”, come emerge dalla sent. 4 ottobre 1979 causa 141/78 Repubblica Francese v. Regno Unito di Gran Bretagna. In tale pronuncia la Francia chiedeva che la Corte dichiarasse che un certo atto del Regno Unito era stato adottato contravvenendo al Trattato CEE dato che conteneva misure più restrittive di quelle “consigliate” dalla Commissione in un determinato numero di raccomandazioni. Ancora in un'altra pronuncia, Commissione v. UK (Causa 32/79 e anche Commissione v. Irlanda causa 61/77), sull'interpretazione del contenuto di una risoluzione, la Corte affermava che “*it is not contested that this resolution is binding on the member States*”. Sul punto, la dottrina ha precisato che però non è corretto far discendere alcuna vincolatività dalle risoluzioni in quanto tali poiché esse furono solo funzionali a evitare un vuoto di disciplina in un'area di politica comune rilevante. Ancora SENDEN L., *Soft law in European Community law*, op.cit., 356 circa il caso *Nifro and Northern Ireland fishermen's Federation v. Department of agriculture for Horthern Ireland*.

⁴⁰⁰ La Corte richiama il principio di competenza quando rileva che l'atto rileva che l'atto adottato o manca di una base giuridica nel diritto comunitario o è adottato da un organo incompetente e/o da un organo competente che ha ecceduto nelle proprie attribuzioni. Pur essendo in tali ipotesi annullato, l'atto assume una fisionomia autonoma poiché il motivo del suo annullamento verte sul riconoscimento della propria obbligatorietà. Si richiama l'ipotesi dell'impugnativa contro un codice di condotta avente ad oggetto il coordinamento di diversi interventi di carattere strutturale adottato dalla Commissione in assenza di specifiche previsioni fondanti tale competenza o l'annullamento di una comunicazione che pur se formalmente adottata in attuazione di una direttiva, poneva obblighi ulteriori che si aggiungevano a quelli previsti nella direttiva (sent. 16 giugno 1993 causa C325/91 Repubblica Francese V. Commissione delle Comunità europee). Nello specifico, la Corte doveva pronunciarsi su una comunicazione con cui la Commissione interpretava il valore di una direttiva in tema di aiuti di stato alle imprese pubbliche. In particolare nella seconda parte della comunicazione, la Commissione invitava gli Stati membri a fornire informazioni sugli aiuti forniti dai pubblici poteri alle imprese pubbliche nel settore manifatturiero. Tale invito veniva giudicato dalla Corte come implicante un nuovo obbligo mediante cui si sarebbe preteso di modificare una direttiva mediante un atto “tipicamente non vincolante”. L'avvocato generale Tesouro sul punto precisava che “in assenza di un minimo di forme essenziali si può ritenere un atto idoneo a produrre effetti giuridici? La vincolatività dell'atto può essere ricondotta non all'atto in sé ma al carattere obbligatorio delle norme e dei principi che esso contribuisce a stratificare ovvero alle conseguenze che possono indirettamente collegarsi alla sua violazione?” è importante richiamare anche le conclusioni secondo cui “*se è vero che la scelta della forma non può mutare la natura dell'atto, è altrettanto vero che l'assenza di taluni requisiti formali, in particolare di quelle forme che consentono di identificare un atto come vincolante, avrebbe comunque come conseguenza che, anche qualora un esame del loro contenuto ne rivelasse la vocazione a produrre effetti giuridici, essi sarebbero in ogni caso inopponibili a terzi*”. Sicuramente l'elencazione di competenze dell'Unione implica l'introduzione di uno schema fondato sul principio secondo cui tutti i poteri dell'Unione devono essere collocati in una delle competenze individuate, operazione necessaria anche per distinguere gli effetti degli atti. Sul punto anche PIZZETTI F., *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà* in BASSANINI F., TIBERI G., (a cura di), *La Costituzione europea*, op.cit., 99. Inoltre sempre in tema di competenza ci si deve domandare se nei settori in cui alle Istituzioni non è riconosciuta la competenza in ordine ad atti vincolanti, l'adozione di atti non vincolanti, ma che producono effetti giuridici, non costituisce un ampliamento a materie non devolute? Ciò condurrebbe ad un condizionamento del Legislatore e del giudice nazionale poiché verrebbe prodotto diritto fuori dai meccanismi preordinati dal quadro costituzionale. ALGOSTINO, op.cit., 273.

⁴⁰¹ La previsione di una gerarchia fondata sul dato formale del “tipo” di atto potrebbe superare una prospettiva di tipo funzionalista ove conta solo l'obiettivo (come dimostrano le direttive europee). POGGI, op. cit.

quest'ultimo in base alla legge tedesca sui sussidi agli investimenti, nonché in base al programma regionale di aiuti. Il codice sugli aiuti peraltro costituiva solo l'ultimo atto di una serie di misure adottate dalla Commissione nel settore tessile⁴⁰², poiché, nel tempo, tale atto è passato dalla forma del memorandum, a quella delle linee guida e infine a quella di un codice sugli aiuti. Le misure hanno così teso gradualmente verso un maggiore formalismo ed una più stringente obbligatorietà senza mai assumere la forma di un atto giuridicamente vincolante. La Commissione aveva sempre riconosciuto che, al di là dell'inquadramento formale, il documento non recava alcun pregiudizio alle disposizioni del Trattato, anche se in concreto le misure fornivano indicazioni (sempre più precise) agli Stati membri, enunciando i principi fondamentali della decisione della Commissione sugli aiuti statali al settore tessile.

La Corte, pur mantenendo ferma l'idea per cui, al fine di garantire la certezza del diritto, è necessario che ogni atto che produce effetti giuridici, tragga a pena di nullità, il proprio valore giuridico da una norma di diritto europeo che deve essere ben esplicitata quale sia base giuridica, in concreto tuttavia contravviene con tale assunto. Si richiamano ad es. le linee direttrici qualificate come atti che, non si limitano a fornire istruzioni interne, ma manifestano preventivamente la linea di condotta che terrà la Commissione in futuro. Ancora, si ricorda ad es. un memorandum contenuto all'interno di una comunicazione nella causa *Brother Industries V. Commissione delle Comunità Europee* (Ord. 30 settembre 1987 causa 229/86), prima la Corte dichiarava che “*an obligation on the Member States to adopt specific absence of a particular provision in the Treaty or in binding acts adopted by institution*” e poi si contraddiceva dicendo che il memorandum pur non avendo “*binding force*” tuttavia andava considerato “*source of guidance*”.

Al fine di dotare i numerosi strumenti di soft law di una legittimazione, una parte degli interpreti ha ritenuto possibile che tali atti fossero legittimati sia dalle istituzioni Europee che li hanno creati e sia dalla giurisprudenza Europea e per questo non è ormai più necessario che esista una vera e propria norma di riconoscimento dato che le sentenze della Corte di giustizia sono vere e proprie fonti di diritto europeo, in cui la Corte, ricorre agli atti di soft law quali strumenti di interpretazione del “*binding Community law*”, atti connessi ineludibilmente con gli atti vincolanti⁴⁰³.

Il secondo aspetto su cui la Corte si è soffermata riguarda l'influenza della soft law sui diritti nazionali e, in particolare, sul nostro.

⁴⁰² Il 30 luglio 1971 la Commissione aveva rivolto agli Stati membri un memorandum intitolato “*Il contenimento a livello comunitario degli aiuti all'industria tessile*”. Successivamente con una lettera del 19 luglio 1977, la Commissione aveva notificato agli Stati membri un “*codice sugli aiuti*” relativo alle fibre e ai filati sintetici; il codice venne prorogato nel 1979, 1981 e 1983. Infine la Commissione, il 4 luglio 1985, informò gli Stati membri dell'intenzione di prorogare fino al luglio 1987 il sistema di controlli introdotto nel 1977.

⁴⁰³ Riferisce di tale collegamento POGGI, op.cit., 391 richiamando anche SENDEN, op.cit., 397.

Secondo la Corte tali atti *have no binding force*, ma “*i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, soprattutto se sono di aiuto nell’interpretazione di norme nazionali o completano norme comunitarie vincolanti*” come è avvenuto nel caso *Grimaldi V. Fonds des Maladies professionnelles* (13 dicembre 1989), avente ad oggetto un risarcimento del danno derivante da una malattia professionale contratta in Belgio durante un periodo di lavoro. Tale malattia, non rientrava nell’elenco delle malattie professionali (secondo la legislazione belga), ma era presente in un elenco redatto dalla Commissione in una raccomandazione. La Corte, pur affermando la non vincolatività della raccomandazione, ne sanciva tuttavia l’efficacia asserendo che non si trattava di un atto privo di effetto giuridico e che quindi fosse compito dei giudici nazionali tenerla in considerazione, costituendo altresì un ausilio interpretativo.

Pertanto, alla luce della giurisprudenza in materia, risulta chiaro che, pur non confermando la qualificazione di soft law quale vera e propria fonte del diritto, tuttavia è proprio la giurisprudenza della Corte che l’ha ritenuta una categoria di atti giuridici produttivi di effetti⁴⁰⁴, tanto da dire che la soft law sia *più law che soft*⁴⁰⁵, quale categoria di atti aventi una particolare vincolatività: se da un lato effetti vincolanti non ve ne sono, dall’altro si tratta di atti che producono effetti giuridici e quindi vengono dichiarati quali atti formalmente non obbligatori, ma di fatto sembrano vincolanti. Sulla particolare tipologia di vincolatività degli atti europei, è interessante richiamare il pensiero di Tesaurò, nella causa c. 325/9 (Repubblica Francese v. Commissione Europea), che ritiene possibile derivare la vincolatività dell’atto non dall’atto in sé, ma dal carattere obbligatorio delle norme e dei principi che esso stratifica ovvero dalle conseguenze derivanti dalla sua violazione. Ciò mette in crisi la certezza del diritto europeo in ordine al valore degli atti in relazione alla loro forma quando essa li identifica come vincolanti. In tal modo si scinde tra forma dell’atto ed effetti dell’atto. Sulla possibile ricostruzione degli atti di soft law come vincolanti, vi è ancora chi ritiene che dalla lettura dell’art. III-33, si possa evincere una graduazione di vincolatività delle fonti: da un massimo di obbligatorietà (regolamento) sino alla negazione della stessa per un numero di atti (pareri e raccomandazioni). Ciò implica che vi sono atti di varia durezza secondo cui il criterio della vincolatività non perde del tutto il proprio significato a condizione di non ritenerlo il solo ed unico criterio idoneo a riconoscere l’esistenza della soft law.

In conclusione le parole dell’avvocato generale Bobek relative alla controversia *Kingdom of Belgium v. European Commission* (Causa C-16/16), sembrano riassumere la portata degli strumenti di soft law a livello europeo “*soft law measures contain a type of imperfect norm: on the one hand,*

⁴⁰⁴ Sul punto Poggi precisa che quindi al livello sostanziale, l’astratta non vincolatività della soft law, motivata dalla carenza di una previsione nei Trattati, viene vanificata dal riconoscimento di effetti. POGGI, op.cit., 394, 395.

⁴⁰⁵ BALLARINO T., *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, 122

they clearly have the normative ambition of inducing compliance on the part of their address. On the other hand, no instruments of direct coercion are attached to them”.

Infine, A conferma poi della cittadinanza della soft law in UE, si richiama una risoluzione del Parlamento europeo del 2013⁴⁰⁶ nella quale tra le norme ed i principi vigenti nell’Unione, oltre al diritto primario, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, al diritto derivato viene richiamata anche la normativa non vincolante (soft law).

4. Un esempio particolare di soft law europea: “*Il soft Brexit*”

Uno dei temi maggiormente dibattuti, all’indomani del 23 giugno 2016, giorno dell’uscita del Regno Unito dall’Europa (*Brexit*)⁴⁰⁷, riguarda la “sorte” degli atti normativi, in particolare quelli di *soft law*, aventi ad oggetto i rapporti tra Regno Unito ed Europa e tra l’Inghilterra e la Scozia.

Il destino di un numero consistente di atti normativi sembra legato alle vicende politiche del Regno Unito, anche e soprattutto nei suoi rapporti interni (con la Scozia e con l’Irlanda del Nord). Rispetto a tale ultima situazione, come noto, si è assistito in soli quattro anni, a repentine mutazioni di assetti e all’ingresso di sempre nuovi atti normativi. Pertanto, è doveroso evidenziare, che ogni conclusione in merito è assolutamente provvisoria.

Infatti, durante la lunga fase dei negoziati tra Regno Unito ed Europa⁴⁰⁸, numerosi atti normativi europei e convenzionali hanno mostrato e stanno mostrando la loro “fragilità” rispetto all’uscita

⁴⁰⁶ Risoluzione del Parlamento Europeo del 15 gennaio 2013 recante “raccomandazioni alla Commissione sul diritto dell’Unione Europea in materia di procedimenti amministrativi”, in GUUE, c. 440 del 30 dicembre 2015.

⁴⁰⁷ Il referendum sulla “Brexit” (“*British exit*”), si è svolto il 23 giugno 2016 nel Regno Unito e si è trattato di un referendum consultivo e non vincolante per verificare il sostegno alla continuazione della permanenza del Regno Unito nell’Unione europea. Il Parlamento ha scelto di consegnare al popolo la scelta della permanenza nell’Unione europea ed è proseguito con un risultato referendario che ha invertito le proporzioni di remainers e brexiteers della Camera dei Comuni. Infatti, prima del voto si erano schierati a favore del “remain” 479 deputati (75%) a fronte dei 158 (25%) a favore del “leave”; nel referendum del 23 giugno 2016 il 51,9% degli elettori (17.410.742) si è espresso a favore del “leave” e il 48,1% (16.141.241) a favore del “remain”. Sui molteplici divari aperti dal referendum del 2016 ROSA F., *Brexit, il divorzio del secolo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, pp. 819 ss. Il voto ha manifestato una spaccatura tra le nazioni del Regno Unito, con la maggioranza di Inghilterra e Galles favorevoli ad uscire e la maggioranza di Scozia e Irlanda del Nord che hanno votato per rimanere. Per un’attenta ricostruzione del referendum e per un’analisi delle sue prime conseguenze, si richiamano CARAVITA B., *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, in *Federalismi.it*, 13/2016; CURTI GIALDINO C., *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell’Unione europea*, in *Federalismi.it*, 13/2016; PALICI DI SUNI E., *I britannici hanno detto sì alla Brexit: uno choc per l’Europa?* in *DPCE online* 2016, 2; SAVASTANO F., *Brexit. Un’analisi del voto*, in *Federalismi.it*, 13/2016; CARVALE G., *La faglia delle Brexit*, in www.nomos-leattualitàneldiritto.it, 2-2016; RIVERA L., *Il referendum del 23 giugno 2016 e la Brexit: “possibili scenari evolutivi nel processo di integrazione europea”* in <http://www.giurcost.org/studi/rivera3.pdf>, 24 aprile 2017.

⁴⁰⁸ Il 2 ottobre 2016, al congresso di Birmingham, il Primo Ministro britannico Theresa May ha dichiarato il formale avvio del processo negoziale in vista dell’uscita dall’UE entro fine marzo 2017 mediante l’art. 50 del Trattato che stabilisce la procedura applicabile nei confronti dello Stato membro che desidera recedere dall’Unione europea. I negoziati sul recesso si dovrebbero concludere entro un periodo di due anni a partire dal momento in cui è attivato l’articolo 50. Se alla scadenza del termine non è stato raggiunto un accordo, i Trattati cessano di applicarsi allo Stato membro che recede. Il 29 marzo 2017 il Regno Unito attiva formalmente l’art. 50 notificando al Consiglio Europeo

l'intenzione di uscire dall'UE. Successivamente, vengono approvati dal Coreper i principi guida per la trasparenza nei negoziati e il 22 maggio 2017 il Consiglio adotta una decisione che autorizza l'avvio dei negoziati sulla Brexit con il Regno Unito e che designa la Commissione europea negoziatore dell'UE. Il 19 giugno 2017 vengono avviati i negoziati con il primo ciclo e il 20 luglio 2017 viene avviato il secondo ciclo di negoziati ed il 31 agosto 2017 il terzo ciclo, il 25 settembre 2017 il quarto ciclo e il 12 ottobre 2017 il quinto ciclo, il 10 novembre 2017 il sesto ciclo. Di estrema importanza è l'adozione, il 29 gennaio 2018, di un nuovo blocco di direttive per i negoziati in merito al periodo di transizione da cui emerge che: l'insieme dell'acquis dell'UE continuerà ad applicarsi al Regno Unito come se fosse uno Stato membro; in quanto già paese terzo, non parteciperà più alle Istituzioni e ai processi decisionali dell'UE. Il 9 febbraio 2018 si conclude il 6 ciclo dei negoziati e il 28 febbraio 2018 la Commissione Europea pubblica il progetto di accordo di recesso tra UE e Regno Unito. Il progetto di accordo di recesso traduce in termini giuridici la relazione congiunta dei negoziatori dell'Unione europea e del governo del Regno Unito del dicembre 2017 sulla prima fase dei negoziati. Sulla base delle posizioni dell'UE, esso propone anche un testo relativo ad altre questioni riguardanti il recesso che sono menzionate nella relazione congiunta ma non sono ancora oggetto di un accordo. Da ultimo integra il testo sul periodo di transizione, basato sulle direttive di negoziato supplementari adottate dal Consiglio (articolo 50) il 29 gennaio 2018. Esso si compone di sei parti e di un Protocollo sull'Irlanda / Irlanda del Nord. Le parti riguardano: disposizioni introduttive, diritti dei cittadini, altre questioni relative alla separazione come le merci immesse sul mercato prima della data di recesso e modalità transitorie, disposizioni finanziarie, disposizioni istituzionali. Il 19 marzo 2018 vi è stato un accordo parziale sul testo dell'accordo di recesso. A seguito dei negoziati svoltisi dal 13 al 19 marzo 2018, i negoziatori dell'UE e del Regno Unito hanno presentato una versione del progetto di accordo di recesso che mostra i progressi finora compiuti nei colloqui. Nel 2019 la Camera dei Comuni ha bocciato l'accordo in tre distinte sedute: il 15 gennaio (432 voti contrari e 202 a favore), il 12 marzo (391 voti contrari e 242 a favore) e il 29 marzo 2019 (344 voti contrari e 286 a favore). Lo stallo parlamentare ha indotto la Premier (su mandato del Parlamento), a chiedere al Consiglio europeo due proroghe del termine di recesso: la prima di quattordici giorni (12 aprile 2019) e la seconda di sette mesi (31 ottobre 2019). La posizione del Parlamento britannico sul recesso è resa ancor più complessa dall'inconcludente serie di indicative votes che si sono svolti il 27 marzo e il 1° aprile 2019. Si tratta di divisioni in cui i deputati hanno avuto la possibilità di esprimersi su diverse alternative all'accordo concluso dal Governo. Nessuna delle soluzioni prospettate ha ottenuto la maggioranza dei consensi. I deputati hanno bocciato nell'ordine: il no deal (400 a 160), la permanenza nel mercato unico unitamente alla predisposizione di un'unione doganale tra Regno Unito e UE (283 a 189), la costruzione di una stretta relazione economica con la UE proposta dal partito laburista di Jeremy Corbyn (307 a 237), la partecipazione all'associazione europea di libero scambio e all'area economica europea (377 a 64 la prima volta e 282 a 261 la seconda volta), la negoziazione di una permanente e generale unione doganale con la UE (271 a 265 la prima volta e 276 a 273 la seconda volta) la revoca della notifica (293 a 184), la convocazione di un referendum popolare sulla ratifica dell'accordo approvato dal Parlamento (295 a 268 la prima volta e 295 a 268 la seconda volta), la conclusione di accordi commerciali preferenziali in caso di mancata ratifica dell'accordo di recesso (422 a 139), la scelta obbligata - nell'impossibilità di chiedere uno slittamento del termine di recesso - tra no deal o revoca dell'articolo 50 (292 a 191).

Pertanto, dopo circa un anno e mezzo di lavoro tra i negoziatori conclusosi nel novembre 2018, tre proroghe e un supplemento di negoziati tra l'agosto e l'ottobre 2019, il 17-18 ottobre 2019 il Consiglio europeo ha dato il via libera all'accordo di recesso per l'uscita del Regno Unito dall'UE e approvato la Dichiarazione Politica sul quadro delle future relazioni. Si tratta di un'intesa che consentirebbe di gestire il recesso britannico in modo ordinato e in termini chiari per cittadini e imprese, prevedendo, dopo l'uscita (prevista al 31 gennaio 2020, dopo due proroghe dell'iniziale termine del 29 marzo al 12 aprile 2019 e al 31 ottobre 2019), anche un periodo transitorio al 31 dicembre 2020. Il 13 dicembre, si è nuovamente riunito il Consiglio europeo straordinario art.50 che nelle conclusioni ha reiterato "il proprio impegno a favore di un'uscita ordinata sulla base dell'accordo di recesso, di cui chiede la tempestiva ratifica e l'effettiva attuazione" e ribadito "il desiderio di instaurare con il Regno Unito future relazioni quanto più strette possibili, in linea con la dichiarazione politica e nel rispetto degli orientamenti e delle dichiarazioni del Consiglio europeo concordati in precedenza, in particolare delle dichiarazioni del 25 novembre 2018". L'Accordo di recesso consente di gestire l'uscita in maniera ordinata, a tutela di cittadini e imprese, con un periodo transitorio al 31 dicembre 2020 in cui un ampio corpo di regole UE (incluse le regole sulla libera circolazione delle persone, dei servizi, dei capitali e delle merci nei termini previsti dall'accordo di recesso) continuerà ad applicarsi al Regno Unito. In particolare con l'accordo di recesso l'UE ha inteso: predisporre un approccio per fasi che assicuri un recesso ordinato; proteggere i cittadini che hanno costruito la propria vita sulla base dei diritti derivanti dall'appartenenza del Regno Unito all'UE; garantire che UE e Regno Unito rispettino gli obblighi finanziari derivanti dall'intero periodo di appartenenza del Regno Unito all'UE; continuare a sostenere l'obiettivo di pace e riconciliazione sancito dall'accordo del Venerdì santo, e continuare a sostenere e tutelare i risultati, i benefici e gli impegni del processo di pace nell'isola di Irlanda. Infine, il 22 gennaio 2020 il Parlamento britannico ha chiuso l'iter per la ratifica della legge attuativa dell'accordo sull'uscita dall'UE. La Camera dei Lord ha rinunciato infatti a riproporre i suoi 5 emendamenti al testo, che la Camera elettiva dei Comuni

dall'Europa. In altre parole, con la Brexit è stata messa alla prova la stabilità del sistema delle fonti interne inglesi e delle fonti europee⁴⁰⁹ che nel corso di 45 anni il Regno Unito ha fatto proprie⁴¹⁰, in particolare di quelle di *soft law*.

Il recesso dall'UE ha prodotto significative ripercussioni sul diritto nazionale britannico e sul sistema delle fonti interne in quanto ormai il tessuto normativo della Gran Bretagna è intriso di fonti europee⁴¹¹ e quindi la perdita di efficacia del diritto europeo penetrato nel tessuto normativo anglosassone, non porrà pochi problemi, sia per quanto riguarda le fonti primarie, sia per quelle secondarie. Sul punto, gli interpreti,⁴¹² già da tempo, ritengono che sia indispensabile l'intervento del Parlamento, perché quest'ultimo ha sancito con l'ECA 1972 l'ingresso delle fonti sovranazionali e ne ha legittimato la diretta applicabilità. Quindi è solo il Parlamento che, mediante l'abrogazione dello stesso ECA 1972, può determinare l'immediata perdita di efficacia del diritto europeo nell'ordinamento interno. Parimenti, è solo il Parlamento a poter intervenire per definire le sorti delle posizioni giuridiche di diritti e libertà dei cittadini europei e quindi determinare il "destino" delle normative di rango primario e secondario che hanno una derivazione europea.

Il Regno Unito ha dovuto infatti decidere se, nonostante la previsione dell'art. 50 del Trattato⁴¹³, fosse possibile, in via di fatto, mantenere in vita alcune fonti, in particolare, tra le fonti di *soft law* europea, linee guida e raccomandazioni. Infatti, se è vero che i Trattati UE cessano di essere applicabili al Regno Unito a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso o, in mancanza di tale accordo, come è avvenuto, due anni dopo la notifica (art. 50 comma 3 TUE), è

aveva in precedenza cancellato. Successivamente, la Regina ha firmato (Royal Assent) e quindi resta solo la ratifica dell'Europarlamento.

⁴⁰⁹ Sul punto si richiama la trattazione di SGRO' F., "Il caso Brexit: qualche considerazione sulla sovranità parlamentare e sul sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico dopo la sentenza della Supreme Court of the United Kingdom", 8 marzo 2017 in www.federalismi.it, 2017.

⁴¹⁰ Come noto il Regno Unito è entrato a far parte dell'Europa dal primo gennaio 1973.

⁴¹¹ Il Libro bianco del *Great repeat bill* (sul punto si rimanda alla lettura integrale in https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604516/Great_repeatbill_white_paper_accessible.pdf), stima che sono in vigore almeno 12mila regolamenti europei nel Regno Unito. La Camera dei Comuni ha poi approvato almeno 7.900 leggi che recepiscono la legislazione comunitaria e 186 atti che incorporano norme provenienti da Bruxelles. Per quanto riguarda la normazione secondaria e di *soft law* europeo, il numero di queste norme è di oltre 80mila che riguardano moltissime tematiche, quali i diritti dei lavoratori, l'ambiente, il commercio internazionale ect. Inoltre, vanno anche considerati trattati, direttive e sentenze della Corte di giustizia europea.

⁴¹² SGRO' F., op. cit., 17.

⁴¹³ L'art. 50, per la parte che qui interessa, così recita: "1. Qualsiasi Stato membro può decidere di ritirarsi dall'Unione in conformità alle sue norme costituzionali. 2. Uno Stato membro che decide di ritirarsi notificherà la sua intenzione al Consiglio europeo. Alla luce delle linee guida fornite dal Consiglio europeo, l'Unione negozierà e concluderà un accordo con lo Stato, stabilendo le disposizioni per il suo ritiro, tenendo conto del quadro per le future relazioni con l'Unione. L'accordo va negoziato in conformità con l'articolo 218 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Deve essere concluso per conto dell'Unione dal Consiglio, che agisce a maggioranza qualificata, dopo avere ottenuto il consenso del Parlamento europeo. 3. I Trattati smetteranno di essere applicati allo Stato in questione dalla data di entrata in vigore dell'accordo sul ritiro o, in sua mancanza, due anni dopo la notifica di cui al punto 2, a meno che il Consiglio europeo, in accordo con lo Stato membro interessato, decida all'unanimità di estendere questo periodo. 4. Per effetto dei punti 2 e 3, il membro del Consiglio europeo o del Consiglio che rappresenta lo Stato membro uscente non parteciperà alle discussioni del Consiglio europeo o del Consiglio né alle decisioni che lo riguardano. La maggioranza qualificata si definirà in conformità con l'articolo 238 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea..."

evidente che c'è una fase (non breve), ovvero quella attuale, in cui le fonti europee continuano ad essere valide anche per il Regno Unito e ci sono alcune fonti, come quelle *soft* appunto, che potrebbero anche dover mantenere una validità post recesso.

Infatti, l'ordinamento giuridico di common law è da sempre caratterizzato dalla presenza massiccia di norme di *soft law*⁴¹⁴ quali circolari, linee guida, direttive, orientamenti, raccomandazioni, codici di condotta, modelli di metodi e processi, schemi di atti e contratti, raccolte di buone pratiche, FAQs, dichiarazioni d'intenti, lettere, annunci e dichiarazioni alla stampa, regole non scritte e meri comportamenti dotati di una loro particolare autorevolezza. Pertanto è opportuno riflettere sulla sorte di tale copiosa normazione che oggi regola rilevanti settori dell'economia, del mercato e dei rapporti del Regno Unito con gli altri paesi europei.

Accanto agli atti di *soft law* europea, nel Regno Unito vi sono numerose Convenzioni tra cui si richiamano la Convenzione di Aarhus, il Joint Ministerial Council e la Sewel Convention (quest'ultima rispetto al noto caso Miller), soprattutto in relazione ai rapporti di devolution con Scozia, Irlanda del Nord e Galles. Pertanto, in relazione alla Brexit è opportuno anche approfondire le conseguenze rispetto al valore giuridico da attribuire a tali convenzioni ed atti, se ritenerli *binding* o *non binding* o a vincolatività c.d. di fatto o attenuata, facendo altresì alcune considerazioni in merito alle conseguenze di ciò nei rapporti tra Inghilterra, Scozia, Irlanda del Nord e Galles.

Infatti, se è vero che, secondo la definizione del Black's Law Dictionary (ed. 2009) la *soft law* è “*un insieme di regole non vincolanti, ma ritenute di una certa importanza giuridica*”, allora è opportuno capire, rispetto alla Brexit, se tale “*importanza giuridica*” può essere tradotta in una vincolatività di fatto, ovvero in una vincolatività attenuata oppure se invece che guardare alla vincolatività la *soft law* può essere studiata e categorizzata in contrapposizione al diritto formale, non tanto perché non vincolante, ma in quanto perché, diversamente dal diritto formale, sarebbe flessibile (o non rigida). Va quindi compreso che conseguenze hanno tali teorizzazioni rispetto alle Convenzioni interne che regolano i rapporti tra Inghilterra e Scozia e rispetto alle normative di *soft law* europea. E' prassi del sistema anglosassone ricorrere a norme *soft* quali le dichiarazioni d'intenti, le dichiarazioni di principi, le raccomandazioni, le risoluzioni, le linee-guida, fino a giungere all'elaborazione di standard o alla redazione di codici di pratica, di accordi, i c.d. non binding

⁴¹⁴ Nell'ordinamento inglese lo statute (cioè la legge del Parlamento) e il precedent (cioè la regola impiegata come ratio decidendi in occasione della decisione resa da un giudice in relazione ad un concreto caso giudiziario) si dividono la funzione di fonte principale impiegata del sistema, poiché si ammette che lo statute law (cioè il diritto legislativo) possa modificare il common law (cioè il diritto di origine giudiziaria), pur consentendosi al tempo stesso che il common law possa interpretare il diritto di origine legislativa ricoprendolo, per così dire, di precedenti fino in certo qual modo a sostituirlo. In un sistema di questo tipo, pertanto, non può parlarsi di “fonte delle fonti” poiché il relativo sistema risulta dall'opera di più fonti operanti indipendentemente l'una dall'altra ed è semmai il carattere razionale del diritto giudiziario ad influenzare la formazione del diritto legislativo più che l'inverso. Sul punto si richiama la trattazione di Pizzorusso A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2008.

agreements ed infine di convenzioni⁴¹⁵. Già in diverse occasioni, nel post-brexite, si è posta la questione del rispetto, da parte dell'Inghilterra, di tali Convenzioni e del valore da attribuire ad esse, in particolare a quelle che riguardano i rapporti tra l'Inghilterra, il Galles, l'Irlanda del Nord e la Scozia⁴¹⁶.

Dopo la Brexit infatti, l'osservanza da parte del Regno Unito della *Convenzione di Aarhus*⁴¹⁷ è messa a serio rischio. Infatti, la natura convenzionale di tale atto ha indotto il Governo inglese a ritenere di poter modificare o eliminare la legislazione ambientale derivata direttamente dalla normativa europea, senza alcuna consultazione pubblica come era invece espressamente previsto dalla Convenzione. Infatti, come noto, la maggior parte delle leggi ambientali del Regno Unito derivano da o interagiscono con la legislazione dell'UE⁴¹⁸. Per questo, secondo alcuni studiosi⁴¹⁹, il governo inglese deve rimanere legalmente vincolato dalla *Convenzione di Aarhus* anche dopo l'uscita dall'UE, ed anzi, laddove si decidesse di abrogare le norme relative alle disposizioni che rimandano direttamente alla Convenzione di Aarhus, il Regno Unito agirebbe in aperta violazione del Trattato, tenuto conto che la scelta di venir meno alle previsioni della *Convenzione di Aarhus* sarebbe disastrosa per la politica ambientale del Regno Unito. Quanto detto porta a ritenere che, al di là della natura non pienamente *binding*, la portata della Convenzione e soprattutto la sua interdipendenza con la

⁴¹⁵ Il primo terreno fertile per l'ingresso della *soft law* negli ordinamenti, è stato quello internazionale. Infatti, a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, alcuni studiosi hanno cominciato ad incoraggiare strumenti normativi utilizzati dagli attori internazionali che, pur non rientrando nelle tradizionali categorie di fonti di diritto, nondimeno vincolavano i loro destinatari in settori delicati quali il diritto dell'ambiente, il diritto allo sviluppo sostenibile e quello dei diritti dell'uomo.

⁴¹⁶ Il termine *devolution* è comunemente utilizzato per definire quel trasferimento di poteri costituzionali che, negli Stati unitari, si realizza a favore delle aree substatali che si caratterizzano per specifici caratteri nazionali o per particolari esigenze amministrative o di autogoverno. Il suo prototipo trova applicazione nel Regno Unito dove, sulla base di vivaci rivendicazioni nazionaliste nelle cosiddette "aree celtiche" (Scozia e Galles) e analogamente in Irlanda del Nord, nella Greater London e nelle regioni dell'Inghilterra (ma qui senza successo), il pensiero devoluzionistico dapprima si delineava in chiave teorica nella seconda metà del XX secolo, e infine si realizzava dal 1998 in poi attraverso la serie di *devolution acts* che ha contribuito a un sensibile mutamento dell'assetto costituzionale dello Stato britannico. Partendo dallo Scotland Act 1998 che forma l'intervento devolutivo più completo nella sua formulazione normativa, la *devolution* britannica è diventata un paradigma del decentramento "per grandi aree" delle funzioni di governo che da alcuni decenni è in corso in alcune democrazie dell'Unione europea. In tema di *devolution* vedi il contributo di CARVALE G., *Scozia e Irlanda del Nord: la devolution dopo la Brexit*, 9 agosto 2017 su www.federalismi.it, 2017 e CURTI GIALDINO C., *Le trattative tra Regno Unito e L'Unione europea per la Brexit alla luce dei primi due cicli negoziali*, 9 agosto 2017 in www.federalismi.it, 2017.

⁴¹⁷ La Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale della Commissione economica delle Nazioni Unite per l'Europa (UNECE) è stata conclusa nel 1998 ad Aarhus (DK) ed è entrata in vigore nel 2001. Si tratta di un atto vincolante, fonte del diritto internazionale, con cui gli Stati firmatari hanno formalizzato l'impegno a garantire nei rispettivi ordinamenti il diritto individuale a vivere in un ambiente sano e adatto ad assicurare il benessere di ciascuno, nell'interesse delle generazioni presenti e future, attraverso la previsione di un programma di azione a lungo termine retto dai diritti di accesso all'informazione, di partecipazione del pubblico ai processi decisionali, nonché di accesso alla giustizia, nell'ambito di un nuovo ed efficace sistema di *governance* ambientale basato sui diritti di partecipazione del pubblico (*public participation rights*), che rappresentano la più compiuta forma di codificazione del diritto all'ambiente.

⁴¹⁸ Si richiamano a titolo meramente esemplificativo i principi di derivazione Europea quali il principio chi inquina paga e il principio di precauzione.

⁴¹⁹ Si richiama il pensiero del Prof. Michael Mason, professore associato presso la London School of Economics in environmental geography. Sul punto si veda <https://www.theguardian.com/environment/2018/jan/09/brexit-bill-may-have-broken-international-environment-law-says>

normativa europea, implica che essa rimarrà, per il Regno Unito, completamente *binding* anche se in via di fatto e non necessariamente anche formalmente. Sul punto si segnala che la via che sembra offrire il Regno Unito è quella di continuare con l'attività di monitoraggio del Comitato di conformità della Convenzione di Aarhus (ACCC), che consente alle persone, sia fisiche sia giuridiche, di presentare reclami riguardanti il mancato rispetto, da parte degli stati, delle disposizioni della Convenzione e questa sarebbe una valida forma di controllo del rispetto della stessa. Tuttavia, l'ACCC non ha un volto "*hard enforcement*" nel senso che anche se sorgesse in ipotesi una violazione della Convenzione, l'ACCC è solo in grado di emettere raccomandazioni ritenute non vincolanti che però, se approvate dalla Riunione delle Parti della Convenzione di Aarhus, possono essere considerate interpretazioni autorevoli delle disposizioni del trattato che devono essere prese in considerazione dalle autorità nazionali e dai tribunali nell'interpretazione e attuazione della Convenzione stessa.

In merito a questioni legate alla *devolution*, bisogna fare una brevissima premessa.

Come noto, il *Leave* è stato sostenuto principalmente in Galles (52.5%) ed in Inghilterra (53.4%), ma non in Scozia ed Irlanda del Nord⁴²⁰, dove, invece, è stato preferito il *Remain* (indicativamente con il 62% ed il 55.8% di preferenze). Ciò ha ulteriormente minato la stabilità interna in particolare dei rapporti tra Inghilterra e Scozia. Quest'ultima infatti aveva annunciato un referendum per l'indipendenza dal Regno Unito entro la primavera del 2019,⁴²¹ e ne è stato annunciato un secondo, entro marzo 2021. Pertanto è ormai necessario indicare, prima del 29 marzo 2019, il tipo di rapporto che la Scozia intende instaurare con l'Europa, altrimenti la conseguenza negativa per la Scozia potrebbe essere, prima di tutto, un lungo periodo di esclusione dal mercato unico. In realtà con Brexit a seguito dell'indipendenza dal Regno Unito, è a rischio la stessa permanenza della Scozia all'interno dell'Europa. Ci si domanda infatti se la Scozia indipendente continuerebbe automaticamente a far parte dell'UE o, diversamente, dovrebbe intraprendere, ex novo, un proprio percorso di adesione⁴²².

⁴²⁰ Dalle risultanze degli ultimi incontri, in materia di negoziati, è emerso, in merito ai rapporti tra Inghilterra e Irlanda del Nord che i negoziatori europei e britannici devono ancora intendersi sulla definizione del confine fra Irlanda del Nord – che fa parte del Regno Unito – e la Repubblica Indipendente di Irlanda, che invece rimarrà nell'UE. L'Europa, sul punto, ha proposto di mantenere un *confine simbolico*, cosa che permetterebbe all'Irlanda del Nord di restare nel mercato comune e nell'unione doganale.

⁴²¹ Sul punto si veda CARRELL S., *Scottish independence: Nicola Sturgeon fires starting gun on referendum*, www.theguardian.com, 13.03.17.

⁴²² In base alla Convenzione di Vienna sulla successione tra Stati, con l'uscita dell'Inghilterra dall'Europa, la Scozia rimarrebbe membro di tutte le organizzazioni internazionali in quanto stato successore del Regno Unito e, dunque, anche della Unione europea, senza bisogno di ulteriori interventi. Tale posizione non è da tutti condivisa e si scontra tuttavia con la prevalente tesi secondo cui sarebbe necessario per la Scozia un nuovo procedimento di adesione. Sul punto si richiama il pensiero di FROSINI J.O., *L'indipendenza della Scozia: l'uscita da due unioni?* in Quad. cost., n. 2, 2013, 442 ss. e FERRAIUOLO G., PRAINO D., *Un nuovo referendum in Scozia tra hard Brexit e nodi della integrazione europea* in Osservatorio AIC, 26 marzo 2017.

Rispetto a tale interrogativo, uno dei temi più complessi riguarda proprio la sopravvivenza, dopo Brexit, delle fonti e degli atti normativi che riguardano il rapporto tra Inghilterra e Scozia. È interessante richiamare in premessa che la Scozia si è opposta⁴²³ all'*European Union (Withdrawal) Act*, in particolare alla clause 11 relativa alle “*Retain restrictions in devolution legislation*”.

Tra gli atti normativi “di incerta sopravvivenza” si richiama, per tutti, la *Sewel Convention*⁴²⁴ del 27 ottobre 2005 secondo la quale il Parlamento di Westminster non può legiferare su una materia oggetto di devoluzione senza il consenso dell’organo legislativo devoluto (in questo caso, il Parlamento di Holyrood)⁴²⁵. La *Sewel Convention*, nello stato attuale della sua evoluzione, trova applicazione non soltanto in caso di interventi legislativi del Parlamento britannico su materie devolute, ma anche ogni volta che la sua azione modifichi le competenze delle Istituzioni devolute. Tale Convenzione, nota anche come *Convenzione sul consenso legislativo*, è stata oggetto di alcune riflessioni, soprattutto dopo essere stata inserita nello Scotland Act 2016⁴²⁶.

Bisogna domandarsi quale sarà la valenza giuridica della *Sewel Convention* dopo la Brexit, provando a capire se il Parlamento scozzese di Holyrood possa, in qualche modo, concretamente bloccare la Brexit. Ciò è possibile solo a condizione di chiarire, prima di tutto, se tale Convenzione integra un atto avente solo rilevanza politica oppure se può essere invocata dinnanzi ad una Corte del Regno Unito per farne dichiarare la violazione e se quindi ha una propria vincolatività. Ci si domanda pertanto, rispetto alla Brexit, se sussista una sorta di potere di veto indiretto che consenta alla Scozia, non tanto di bloccare a monte l’avvio dei negoziati, quanto di pregiudicarne poi l’effettiva attuazione.

⁴²³ Va precisato che, rispetto alle posizioni iniziali relativamente al *leave*, rispetto all’accordo di recesso, in ultimo, vanno segnalati i ‘no’ dei Parlamenti di Scozia e Irlanda del Nord, come anche quello del Parlamento del Galles, che ha votato contro la proposta di legge sull’accordo di recesso (EU Withdrawl Agreement Bill) che, come noto, consentirà l’uscita del Regno Unito dall’Unione Europea entro il 31 gennaio 2020. Il testo è stato respinto con 35 voti contrari, a fronte di appena 15 voti favorevoli. Sebbene normalmente le assemblee e i parlamenti devoluti devono dare il loro *permesso* prima che Westminster possa legiferare su questioni che li riguardano. In tale caso, il consenso non è stato concesso da nessuno degli organismi di Edimburgo, Stormont e Senedd. Tuttavia, si tratta di un pronunciamento non giuridicamente vincolante che non impedirà quindi al governo britannico di andare avanti, ma che apre nuove spaccature nel Paese. E’ la prima volta, infatti, che le assemblee di Galles, Scozia e Irlanda del Nord si trovano a votare contro lo stesso provvedimento normativo del governo del Regno Unito che riguarda le questioni decentrate. Tra l’altro, il Galles è l’unico degli Stati costitutivi britannici, assieme all’Inghilterra, ad aver espresso una maggioranza pro-Brexit in occasione del referendum del 2016.

⁴²⁴ La Convenzione costituzionale che disciplina i rapporti tra Parlamento centrale ed assemblee devolute nell’esercizio della funzione legislativa e che prende il nome da Lord John Buttifant Sewel, ex barone della vita laburista per Gilcomstoun ad Aberdeen. In merito alla Sewel Convention si vedano i contributi di TRENCH A., *Legislative consent and the Sewel convention, in Devolution Matters*, June 2016, reperibile all’indirizzo <https://devolutionmatters.wordpress.com/the-sewel-convention/>; MCCORKINDALE C., *Echo Chamber: the 2015 General Election at Holyrood – a Word on Sewel*, in *UK Const. L. Blog*, 13 May 2015 reperibile all’indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2015/05/13/chris-mccorkindale-echo-chamber-the-2015-general-election-at-holyrood-a-word-on-sewel/>.

⁴²⁵ <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN02084>

⁴²⁶ Sul punto vedi il report del *political and constitutional reform committee house of commons*, *Constitutional implications of the Government’s draft Scotland clauses*, pubblicato il 22 Marzo 2015 e reperibile al sito: <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/political-and-constitutional-reform-committee/publications>

La dottrina⁴²⁷ si è interrogata in merito al valore giuridico della *Convenzione di Sewel* e le ha attribuito il solo valore politico, trattandosi appunto di una Convenzione che generalmente è ritenuta uno strumento politico.

Tuttavia va tenuto in considerazione che la Corte Suprema⁴²⁸, ne riconosce il valore acquisito nel tempo⁴²⁹, ribadendo che essa opera “*as a political restriction on the activity of the UK Parliament*”, però non si esprime direttamente sulla vincolatività della stessa. Certo, la Corte conferisce alla Convenzione una valenza legislativa (e non più solo convenzionale), asserendo che essa è “*binding politically but non enforceable in the Court*”, poichè riguarda l’esercizio della funzione legislativa tra il Parlamento centrale ed il Parlamento scozzese e quindi determinarne il valore normativo è necessario dato che essa riguarda l’esercizio di un potere primario, come è quello legislativo. Infatti, tradurre la *Sewel Convention* in una disposizione legislativa implica che Westminster assume su di sé un vero e proprio obbligo giuridico (non più solo una sorta di obbligo di natura convenzionale), di non legiferare nelle materie devolute senza il consenso del Parlamento scozzese⁴³⁰.

Occorre quindi domandarsi se tale Convenzione abbia un valore *non binding* (non vincolante) o vincolante in via di fatto e ciò pone non pochi problemi rispetto alla Brexit⁴³¹ se, attraverso la *Convenzione di Sewel*, il Parlamento scozzese di Holyrood possa, in qualche modo, bloccare la Brexit. Se si abbraccia la posizione della dottrina che ha sostenuto che la *Convenzione Sewel* è una convenzione puramente politica⁴³², e quindi non è legalmente applicabile, allora non ci dovrebbero essere conseguenze rispetto alla Brexit.

Tuttavia, oltre alla posizione della Corte nella sentenza Miller, dobbiamo anche considerare che tale Convenzione è stata ritenuta “*una convenzione costituzionale ben consolidata*” dal momento che il Governo del Regno Unito può legiferare su questioni devolute solo con l’accordo del Parlamento “decentrato” e per avere tale consenso la Scozia necessita di una mozione di approvazione legislativa del Parlamento scozzese appunto.

Ci si deve domandare quindi se, con il *leave*, aumenterà la competenza legislativa del Parlamento scozzese nelle materie precedentemente disciplinate dal diritto dell'UE (come ad es. la pesca e

⁴²⁷ PAROLARI S., *Il futuro costituzionale del Regno Unito: il primo passo verso la devo-more in Scozia*, 6 ottobre 2015 in www.forumcostituzionali.it, 2015.

⁴²⁸ Nella sentenza Miller la Corte afferma espressamente che “*non sono né i genitori né i guardiani delle convenzioni politiche; sono semplicemente osservatori. In quanto tali, possono riconoscere l’operazione di una convenzione politica nel contesto della decisione di una questione legale ... ma non possono dare un giudizio legale sulla sua operazione o portata, perché tali questioni sono determinate all’interno del mondo politico*”. *Miller contro Secretary of State per Exiting the European Union*, 2017 UKSC 5.

⁴²⁹ Nel corso del tempo, secondo i giudici, “*devolved legislatures have passed legislative consent motions not only when the UK Parliament has legislated on matters which fall within the legislative competence of a devolved legislature, but also when the UK Parliament has enacted provisions that directly alter the legislative competence of a devolved legislature or amend the executive competence of devolved administrations*”. *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 140.

⁴³⁰ PAROLARI, op.cit., 7.

⁴³¹ CARVALE G., op. cit.

⁴³² PAROLARI, op.cit., 7.

l'agricoltura) trattandosi di questioni decentrate nell'ambito delle competenze del Parlamento scozzese, questo secondo il principio per cui “*tutto ciò che non è espressamente riservato è devoluto*”.

Tuttavia, esiste anche la possibilità che con l'abrogazione del progetto di legge che cerca di emendare lo Scotland Act del 1998, alcune questioni decentrate attualmente trattate a livello dell'UE siano rimpatriate a Westminster anziché a Holyrood. Westminster potrebbe quindi decidere, cosa devolvere a Holyrood e cosa “conservarsi”. Ciò richiederebbe certamente il consenso legislativo del Parlamento scozzese, modificando altresì lo Scotland Act del 1998.

Un argomento che dovrebbe far propendere per un nuovo e diverso inquadramento della Convenzione è l'inserimento della *Convenzione di Sewel* all'interno di una norma di rango costituzionale. Tuttavia la stessa terminologia adottata dal legislatore britannico sarebbe indice della volontà di non trasformare la Convenzione in una norma vincolante sul piano giuridico⁴³³. In altre parole, la positivizzazione della Sewel altro non rappresenterebbe che un riconoscimento della sua importanza politica in relazione al riparto di competenze e di funzioni nell'articolata cornice della Devolution. La Sewel convention, pertanto, “*has an important role in facilitating harmonious relationships between the UK Parliament and the devolved legislatures. But the policing of its scope and the manner of its operation does not lie within the constitutional remit of the judiciary, which is to protect the rule of law*”.

In conclusione sembra preponderante l'argomento secondo cui il Parlamento scozzese non può bloccare né la Brexit, né l'emanazione di qualsiasi legge britannica. La ‘richiesta di consenso’ a favore del Parlamento di Edimburgo su un atto di legge di Westminster, infatti, andrebbe interpretata come espressione di una convenzione e non in modo vincolante.

In base all'«*European Communities Act*» del 1972 (ECA1972), è stata affermata la *Primauté comunitaria* nel Regno Unito, creando un collegamento stabile tra due ordinamenti che altrimenti sarebbero rimasti separati ed è stata riconosciuta la diretta applicabilità del diritto sovranazionale che va ad incorporarsi al diritto interno⁴³⁴.

Il Regno Unito ha spinto per rompere questo legame, volendo rimodellare il rapporto (o il non rapporto), tra le fonti dell'ordinamento britannico e le fonti europee attualmente in vigore nel Regno Unito, (lo stesso per la giurisprudenza della Corte di giustizia)⁴³⁵, volgendo all'eliminazione formale della supremazia delle fonti Europee su quelle interne.

⁴³³ Sul punto vedi GIANELLO S., *Il caso “Miller” davanti alla UK Supreme Court: i principi del costituzionalismo britannico alla prova della Brexit* in Osservatorio AIC, 24 aprile 2017.

⁴³⁴ Si richiama la pronuncia *Factortame, R v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd.*, n. 1, 1990, 2 AC, e n. 2, 1991, AC 603. In tale vicenda è stato per la prima volta affermato dalla giurisprudenza britannica il primato del diritto comunitario sul diritto interno.

⁴³⁵ SAVASTANO F., *EU Withdrawal Act e terremoto nel governo May*, 11 luglio 2018 in Osservatorio Brexit, www.federalismi.it

Infatti con il *Royal assent* della Regina del 26 giugno 2018, dopo essere sopravvissuto al “ping-pong” tra la House of Commons e la House of Lords, l’*European Union (Withdrawal) Act*⁴³⁶ è divenuto un atto del Parlamento a tutti gli effetti (cui è seguito l’*European Union (Withdrawal) (No 2) Act 2019*, che ha ricevuto il royal assent il 9 settembre. La legge, definita dal premier “*surrender act*”, impone al primo ministro di richiedere a Bruxelles un’ulteriore estensione di tre mesi della data di uscita dall’Unione nell’ipotesi in cui, entro il 19 ottobre, non venga approvato un accordo di recesso da parte del parlamento) e, con esso, è stata annullata la supremazia delle leggi UE in Gran Bretagna, cancellando di fatto lo *European Communities Act* del 1972, con l’intesa di riassorbire poi le norme europee nella legislazione britannica. L’abrogazione dell’*European Communities Act 1972*, a partire dal giorno in cui il Regno Unito lascerà l’Unione europea (c.d. exit day), e il venir meno del primato del diritto europeo sul diritto domestico, dovrebbe convertire il diritto europeo vigente al momento del recesso in diritto interno (c.d. *retained EU laws*, che comprenderà le sentenze della Corte di giustizia, ma non la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea), fa salva la legislazione approvata per dare attuazione al diritto europeo in forza della legge del 1972 e, da ultimo, autorizza la legislazione secondaria a modificare il diritto interno affinché l’ordinamento continui a funzionare correttamente anche dopo l’uscita dall’Unione.

Bisogna premettere che il percorso che ha condotto all’approvazione dell’*European Union (Withdrawal) Act* è stato piuttosto tortuoso⁴³⁷. Infatti, solo il 21 giugno 2018 la House of Lords e la Camera dei Comuni hanno raggiunto un accordo sul testo finale dell’*European Union (Withdrawal) Bill*. Il testo infatti era stato proposto già nel luglio 2017⁴³⁸, ma ha subito una serie di emendamenti⁴³⁹

⁴³⁶Per il testo integrale della l. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/pdfs/ukpga_20180016_en.pdf

⁴³⁷ Il rilievo assunto dall’approvazione di tale normativa si evince anche dai numerosi rapporti presentati durante la lunga fase di studio e valutazione del testo. Si richiama ad esempio che, mentre la Camera dei Comuni procedeva alla seconda lettura, due Comitati della Camera alta (l’*House of Lords Constitution Committee* e l’*House of Lords Delegated Powers Committee*) avevano pubblicato alcuni rapporti sul testo. Con l’esame vero e proprio del testo normativo da parte della Camera alta, il 29 gennaio 2018 è stato pubblicato il *Constitution Committee dei Lords* dal titolo *EU (Withdrawal) Bill* che ha confermato le asperità del testo e la profonda incertezza giuridica che con esso si sarebbe realizzata per il Regno Unito dopo la Brexit.

⁴³⁸ Il testo presentato dal Governo prevedeva una categoria di atti legislativi nazionali, le “*retained EU laws*”, un’ampia delega nei confronti dei ministri nazionali (e quelli dei Governi devoluti), conferendogli il potere di modificare o abrogare gli atti di derivazione comunitaria in modo da adeguarli alla nuova realtà del Regno. Inoltre il disegno di legge disciplinava la questione del passaggio delle competenze dall’Unione europea al Regno Unito rispetto alle materie devolute. Il testo prevedeva che tali materie facessero riferimento tutte a Londra e, solo successivamente, fossero redistribuite alle amministrazioni devolute, le quali avrebbero anche ricevuto, attraverso *Orders in Council*, il potere di modificare le “*retained EU laws*”. Infine, il testo presentato dal Governo prevedeva che le leggi delle assemblee devolute – oggi nulle se contrarie alla normativa europea - non potessero essere contrarie alle “*retained EU law*” nazionali. Sul punto, per un’ampia disamina vedi CARVALE G., *Il Brexit Bill all’esame della Camera dei Lords*” In *Nomos*-le attualità del diritto, 1-2018, 2.

⁴³⁹ In merito ai diversi emendamenti presentati, si precisa che sono stati presentati circa 1.400 emendamenti, rispetto a cui 15 emendamenti non sono stati approvati. Si richiama in particolar modo che il 12 e 13 giugno 2018 la House of Commons ha discusso e votato gli emendamenti apportati dai Lord all’*European Union (Withdrawal) Bill*. Tutti gli emendamenti apportati dalla House of Lords sono stati respinti, compresi quelli che avrebbero consentito al Regno Unito di continuare a far parte dello Spazio Economico Europeo e dell’Unione doganale, ed un emendamento che eliminava il riferimento specifico al 29 marzo 2019 come data di uscita definitiva dall’Unione. Inoltre, il voto sugli emendamenti all’*European Union (Withdrawal) Bill* ha mostrato altresì le contraddizioni presenti nel partito Laburista.

e sono stati presentati numerosi emendamenti agli emendamenti (ad es. nel caso dell'emendamento n. 19 del 20 giugno 2018) e a mero titolo esemplificativo richiamiamo due emendamenti particolarmente rilevanti, quello sull'unione doganale e quello sul voto del Parlamento sull'accordo finale⁴⁴⁰. Relativamente al contenuto dell'*European Union (Withdrawal) Act*, si tratta di una legislazione molto ampia in cui viene sancita la piena supremazia del diritto inglese su quello europeo con l'abolizione dell'*European Communities act*, e come è stato già precisato, dicendo così addio “*to Costa v. Enel doctrine*”⁴⁴¹. In esso viene poi confermata l'uscita per il 29 marzo 2019 e viene prescritto il trasferimento del diritto europeo nel diritto inglese interno mediante una vera e propria conversione nel diritto interno inglese delle normative europee, dovendosi creare una continuità per evitare vuoti normativi.⁴⁴²

È interessante richiamare gli effetti dell'*European Union (Withdrawal) Act* sulla problematica della *devolution* ed in particolare sui rapporti con la Scozia e il Galles. Infatti, l'*European Union (withdrawal) act*, ha trovato una ferma opposizione da parte della Scozia rispetto, nello specifico, alla clause 11 relativa alle “*retain restrictions in devolution legislation*”, e, come già precisato nella nota 31, le materie dovevano essere prima riferite tutte all'amministrazione centrale di Londra e, solo successivamente, devolute. La Scozia ha interpretato tale previsione come un tentativo dell'esecutivo centrale di riprendere parte delle sue principali prerogative e quindi non ha ritenuto possibile procedere all'approvazione. Il 9 gennaio 2018 infatti, in un report, è stata posta in luce l'incompatibilità di tale disciplina con la *devolution*. A seguito di una proposta “compromesso” di devolvere numerose competenze alle amministrazioni devolute, (anche essa respinta nel febbraio 2018), ne è seguita un'altra il 9 marzo nella quale si proponeva che il Governo centrale mantenesse il proprio controllo, per un periodo limitato, in 24 aree attualmente devolute come ad es. sanità ed agricoltura ed anche esso è stato rifiutato. Va tenuto conto che l'esecutivo scozzese ha proposto un disegno di legge alternativo sulla Brexit “*UK withdrawal from European Union (Legal Continuity)*”

Il leader del partito, Jeremy Corbyn, aveva infatti chiesto ai suoi Parlamentari di astenersi dal votare sull'emendamento per rimanere nello Spazio Economico Europeo ma, contravvenendo alle indicazioni del partito, 75 Parlamentari laburisti hanno votato a favore e 15 contro, per rispettare la volontà espressa dagli elettori del proprio collegio nel referendum del 2016. Nello specifico si richiamano: l'emendamento 5 sui diritti fondamentali, l'emendamento sulla protezione dell'ambiente, l'emendamento 19 a cui sono stati fatti gli emendamenti 19A e 19 B rispetto a cui vengono presentati gli emendamenti 19C, 19D, 19E e dal 19G al 19L e 19P, 19R, 19S, 19T (del 20 giugno 2018); il 37, il 39 e il 125. Department for Exiting the European Union, *The EU (Withdrawal) Bill receives Royal Assent*, 27 June 2018, at <https://www.wired> e anche BIRKINSHAW P.J., ‘*Negotiating Brexit and Dissolving the Legal Union*’ in BIRKINSHAW P.J., BIONDI A., KENDRICK M., *Brexit: the Legal Implications* (Kluwer Law International 2018 forthcoming) and Institute for Government, *EU Withdrawal Bill: amendments and debates*, <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/eu-withdrawal-bill-amendments-and-debates>.

⁴⁴⁰ Per una trattazione completa delle problematiche che hanno riguardato questi emendamenti si rimanda a Caravale, op.cit. 4 e ss.

⁴⁴¹ KENDRICK M., SANGIUOLO G., *Alea Iacta Est. Bye bye Brexit Bill, welcome European Union (Withdrawal) Act 2018*, 4 luglio 2018, in *Osservatorio Brexit*, www.federalismi.it, 2018.

⁴⁴² Sul punto è interessante notare che, al fine di rendere omogenea la trasposizione del diritto europeo in quello interno inglese, l'atto conferisce al Governo il potere di correggere eventuali vuoti o imperfezioni del diritto Ue, laddove ciò sia opportuno in modo da garantire continuità e certezza del diritto.

(Scotland) Bill (c.d. Continuity Bill)”, che prevedeva il trasferimento delle competenze da Bruxelles ad Edimburgo evitando in tal modo il rischio concreto di un “vuoto normativo”, laddove in assenza dell’approvazione del *legislative consent motion* dall’Assemblea scozzese, il governo inglese escludesse la parte della devolution dal *bill*. Tuttavia relativamente a tale disegno di legge nello *Statement on legislative competence* (prescritto per tutti i disegni di legge del Parlamento di Holyrood), è emerso che l’assemblea scozzese non aveva la competenza per legiferare su questa materia. Nonostante ciò, il Parlamento scozzese ha continuato nell’esame del testo e lo ha approvato il 21 marzo. Dato che la legge del 1998, contenente la dichiarazione summenzionata, prescrive che, sulle leggi devolute, si attuino dei meccanismi di controllo come la possibilità che tra l’approvazione parlamentare e l’assenso del Re possa essere invocato l’intervento della Corte Suprema. Il 17 aprile il Governo britannico ha chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla costituzionalità del *Continuity Bill*, domandando se fosse “*constitutional, and properly within devolved powers*” Ancora una volta la Corte viene chiamata a decidere in merito alle competenze dei due parlamenti.

Per completezza di indagine, dobbiamo precisare che quanto è avvenuto in Scozia, si è verificato anche in Galles e anche in tale ipotesi, a seguito della *law Derived from the European Union (Wales) Bill*, che prevedeva, come per la Scozia il passaggio delle materie europee coincidenti con le materie devolute, da Bruxelles in Galles. Anche in tal caso, il Governo britannico, ha presentato ricorso alla Corte Suprema, ma successivamente Galles e Inghilterra hanno raggiunto un accordo secondo cui nelle materie devolute vi sarà un trasferimento temporaneo da Bruxelles a Londra per un massimo periodo di sette anni e comunque il Parlamento di Westminster potrà legiferare nelle suddette materie solo con il consenso del Parlamento di Cardiff. È all’esame della Corte Suprema la legittimità del *Continuity Bill* rispetto al quale la Corte potrà decidere per la legittimità o illegittimità totale o parziale.

Tuttavia, per completezza di indagine si deve ricordare che il Parlamento, successivamente, ha approvato lo *European Union (Withdrawal) (N°2) Act 2019*. La legge, nota come *Benn Act*, dal nome del suo proponente, segna un percorso obbligato per il Governo: o il Parlamento approva, entro il 19 ottobre 2019, il progetto di accordo di recesso concluso dal Governo con l’UE ovvero una mozione che sostiene l’uscita senza accordo, oppure l’esecutivo è tenuto a domandare al Consiglio europeo un’ulteriore proroga della data del recesso al 31 gennaio 2020.

Venendo ora alla questione centrale, ovvero la sorte degli atti normativi, l’obiettivo del Regno Unito è anche quello di impedire che si crei un vuoto normativo in materie mai regolate dal Parlamento del Regno Unito perché già disciplinate dalle sole fonti Europee.

Se la riforma riguarderà, come sembra, soltanto la normativa europea primaria e secondaria, bisogna domandarsi se invece potranno sopravvivere le normative c.d. di *soft law* europeo⁴⁴³. Nell'ambito dell'Unione Europea il ricorso ad atti di *soft law*⁴⁴⁴ è molto diffuso ed essi, nella loro eterogeneità ed atipicità⁴⁴⁵, sono caratterizzati, come mette in luce una parte della dottrina⁴⁴⁶, dal “carattere “non” vincolante delle regole che in essi vengono poste”, benchè ad essi vengano comunque riconosciuti effetti giuridici.

Infatti per quanto riguarda la normazione primaria, ovvero 12mila regolamenti europei e, più precisamente, come calcolato dalla Camera dei Comuni, il “13.2% of UK primary and secondary legislation enacted between 1993 and 2004 was EU related”⁴⁴⁷, questi ultimi, secondo quanto previsto dell'European Union Withdrawal Act, saranno trasformati in leggi inglesi per evitare che si formino enormi vuoti normativi difficilmente colmabili. Si ricorda la legislazione finanziaria del Regno Unito che è disciplinata in larga parte da regolamenti UE, per quanto concerne, ad esempio, la fissazione di standard di prudenza fiscale, che includono sistemi di sorveglianza multilaterale per incoraggiare l'aderenza agli standard stessi che sono stati seguiti e rispettati, anche se indirettamente, dal Regno Unito. È evidente che essi devono essere sostituiti se si vuole evitare un vuoto normativo in un'area dell'economia che richiede livelli elevati di regolamentazione tenuto conto che l'interesse pubblico deve essere protetto.

Infatti, se è vero che “*the body of EU law is found in a number of different places, and in a number of different forms. Some is embodied in existing UK primary legislation; some in secondary legislation. Other elements of EU law are directly effective in the UK (by virtue of the European Communities Act 1972), but are not actually written anywhere in the UK's statute book. Yet further elements of the body of EU law are non-legislative in nature, consisting, for example, of judgments made by the Court of Justice of the European Union, regulatory rulings by EU*

⁴⁴³ 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*» BORCHARDT G.M., WELLENS K.C., *Soft Law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, 14, 285.

⁴⁴⁴ La *soft law* «*it has always played a role in European integration*» e TRUBEK D.M., COTTRELL M.P., NANCE M., “*Soft Law*”, “*Hard Law*” and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1002, November 2005, 1.

⁴⁴⁵ Sul punto si richiama la distinzione delle diverse tipologie di atti di *soft law* europea: classificati gli atti ascrivibili tale fenomeno e cioè pre-law (strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti quali Libri bianchi, Libri verdi), post-law (strumenti di interpretazione di atti vincolanti quali linee guida, codici di condotta, comunicazioni interpretative) e para-law (strumenti alternativi ad atti vincolanti quali raccomandazioni, pareri comunicazioni non interpretative). Secondo la dottrina, Poggi, solo quest'ultima viene ritenuta funzione di “vero” *soft law*, poichè essa renderebbe assolutamente evidente lo scopo che si vuole raggiungere: dar vita ad un atto alternativo alla legislazione. Sul punto vedi Poggi A.M., op.cit. 4 ed anche L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004, 112.

⁴⁴⁶ POGGI A.M. “*Soft law nell'ordinamento comunitario*” Relazione tenuta al convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali – Catania, 14-15 ottobre 2005, 3.

⁴⁴⁷ House of Commons Library, *Legislating for Brexit: the Great Repeal Bill*, Briefing paper Number 7793, 2 May 2017, 5.

agencies, or in the interpretation of our own courts” allora *“The Government will need to take the lead in setting out for Parliament exactly what will be required to preserve the effect of EU law following Brexit”*⁴⁴⁸

Ciò in quanto tantissimi settori sono stati regolati dall'UE mediante strumenti di *soft law* quali raccomandazioni, opinioni, comunicazioni e linee guida che, sebbene non pienamente vincolanti, hanno da sempre avuto una portata pratica e diffusa.

Se si tiene conto dell'attuale situazione economica e finanziaria della Gran Bretagna e la sua dipendenza dai paesi europei in diversi settori⁴⁴⁹, è evidente che quest'ultima non può assumere un atteggiamento troppo drastico nella scelta di non osservare più alcuna normativa, in particolare quella *soft*, che può consentirle di mantenere una linea di comuni intenti con l'Europa e quindi indirettamente con gli altri paesi Europei. In altre parole, si ricorda, ancora una volta, il pensiero di chi, valorizzando la funzionalità degli strumenti di *soft law* ha precisato che è assai meglio ricorrere alla normativa *soft* che avere settori interi senza una disciplina ed una normativa da osservare se è vero che *“Il soft law, in realtà, è più law di quanto non sia soft”*⁴⁵⁰ e quindi *“gli atti e strumenti attraverso cui è prodotto spesso vincolano in concreto più di quanto gli strumenti che lo veicolano facciano astrattamente supporre”*⁴⁵¹. L'*European Union (withdrawal) Act*, come anche la normativa successiva, nulla di specifico dice riguardo alle fonti non pienamente legislative del diritto dell'UE. Va considerato che dal Consiglio europeo di Lisbona del 2001 in poi, la "*soft law*" ha assunto un ruolo importante nello sviluppo delle norme economiche e sociali a livello dell'UE. Ad esempio, nell'ambito del semestre europeo, le linee guida, quale tipologia di *soft law*, hanno riguardato questioni come l'uguaglianza sul lavoro, l'inclusione sociale, la protezione nelle politiche governative e la lotta contro la povertà.

Inoltre va anche ricordato che il Regno Unito ha utilizzato di frequente la propria legislazione secondaria per recepire le direttive europee, in particolar modo i regolamenti adottati da Ministeri o Dipartimenti ai sensi della sezione 2 dell'ECA. Quindi, una volta abrogato l'ECA, si pone il problema di un altro vuoto normativo, ossia una base legale che legittimi i regolamenti britannici di recepimento delle direttive europee ed anche su questo nulla è previsto dal libro bianco. Tale vuoto normativo andrà colmato introducendo nuove competenze regolamentari analoghe a quelle già previste dall'ECA, in tal modo andando a ricostruire una consistente porzione della normazione secondaria che risulta ancora una volta indispensabile. Il fatto che non vi sia alcun riferimento a

⁴⁴⁸ 12 House of Lords, Select Committee on the Constitution, HL paper 123, 7 march 2017, 2.

⁴⁴⁹ Si richiama sul punto *“The Silver Bullet- Introducing the Brexit Walrus”* pubblicato su www.algebris.com in cui viene fatta un'analisi della dipendenza economica che la Gran Bretagna ha nei confronti dell'Eu. Sul punto si consenta il rinvio a INGENITO C., *“Alcune osservazioni sulla Brexit da parte di una società di gestione del risparmio”* pubblicato il 21 giugno 2017 in Osservatorio Brexit su www.federalismi.it

⁴⁵⁰ BALLARINO T., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, 122.

⁴⁵¹ POGGI op.cit. 19

tale legislazione fa propendere per l'idea che ci sia stata una volontaria decisione di non definire "il destino" di tale normativa⁴⁵².

Il Regno Unito pertanto dovrà decidere come porsi rispetto alla vasta gamma di atti di *soft law*, quali linee guida, modelli ed anche le FAQ adottate dalle autorità europee di vigilanza. Sebbene sotto forma di *soft law*, queste misure sono diventate parte del tessuto normativo a supporto del Regno Unito nel settore finanziario e a tutela dell'interesse pubblico nei mercati, divenendo ormai assolutamente imprescindibili.

È evidente pertanto che il Regno Unito dovrà decidere relativamente alla sopravvivenza delle fonti *soft* di diritto europeo cercando di non innescare un nuovo fenomeno di erosione della certezza del diritto, alterando in modo sostanziale un sistema di fonti dai contorni non del tutto definiti e rischiando altresì di compromettere l'assetto costituzionale dell'ordinamento stesso.

Parte seconda

IL DIRITTO ATTENUATO COME SOFT LAW DELL'ORDINAMENTO ITALIANO

**CAPITOLO I- DALLA SOFT LAW INTERNA AL DIRITTO ATTENUATO INTERNO:
DEFINIZIONE E CARATTERISTICHE** 1 La *soft law* interna: un nuovo fenomeno giuridico o una nuova fonte del diritto? 2. Un tentativo di definizione e funzione del diritto attenuato interno 3. Le norme soft interne tra norme sociali e norme tecniche 4. Rilevanza giuridica, mancanza di vincolatività, eterogeneità e normatività graduata: un tentativo di "tipizzare" la soft law interna.

**CAPITOLO II- IL DIRITTO ATTENUATO INTERNO NEL "SISTEMA" DELLE FONTI
E NEL "DIALOGO" CON LE ALTRE FONTI** 1. La soft law interna come fonte del contesto regolatorio. 2. Diritto attenuato interno e principio di legalità: pace o guerra infinita? 3. La soft law interna nel sistema delle fonti: "la rete a vocazione gerarchica".

⁴⁵² Sul punto vedi <https://www.slaughterandmay.com/media/2536351/legally-leaving-the-great-repeal-bill.pdf>

CAPITOLO I

DALLA SOFT LAW INTERNA AL DIRITTO ATTENUATO

INTERNO: DEFINIZIONE E CARATTERISTICHE

1 La *soft law* interna: un nuovo fenomeno giuridico o una nuova fonte del diritto?

È pacifico⁴⁵³ che esiste, già da tempo, una *soft law* interna al nostro ordinamento (che da qui in poi potrà essere anche definita come diritto attenuato interno), contrapposta all'*hard law* e al contempo dissimile dalle altre due tipologie di *soft law* su cui ci siamo soffermati in precedenza.

Tale differenza, come si vedrà, si snoda su due aspetti principali: il primo riguarda la provenienza delle fonti di diritto attenuato che sono legate ad una fonte formale (a differenza dagli atti *soft* che non provengono mai da una fonte obbligente) e il secondo, che riguarda l'esistenza, negli atti di diritto attenuato interno, di un meccanismo di *enforcement*, a differenza degli strumenti di *soft law* che ne sono privi⁴⁵⁴.

La trasformazione, moltiplicazione, destrutturazione e delocalizzazione, che hanno influenzato la crisi delle fonti e del loro sistema, sono stati un apripista necessario perché la *soft law* potesse trovare una propria collocazione autonoma, anche nel nostro ordinamento. In particolare la crisi della legge e l'incertezza sulla tenuta della gerarchia delle fonti, hanno consentito ai diversi produttori del diritto di introdurre nell'ordinamento fonti eterogenee e non formali diverse dalla legge. Non solo, ma con la progressiva delegittimazione delle fonti formali, si affermano le fonti informali che sembrano dotate di una maggior adeguatezza e di incidere meglio sulla realtà sociale. Prima di interrogarsi sulle caratteristiche e sulle tipologie di atti *soft*, oltre che sul rapporto con le altre fonti, è necessario dare una risposta ad un primo quesito: la *soft law* interna è una fonte del diritto italiano o si può definire un fenomeno giuridico? Rispondere a tale quesito è essenziale per affrontare poi la complessa categoria giuridica delle linee guida, tema che verrà trattato ed approfondito nella terza parte di questa trattazione.

⁴⁵³ BUCALO, op.cit., la quale distingue le tre tipologie di *soft law*, internazionale, europea ed interna.

⁴⁵⁴ TERPAN, op.cit., 70. Infatti, anche se negli atti di diritto attenuato, manca una vera sanzione, l'ordinamento ne assicura comunque l'*enforcement*, in via diretta o indiretta "a cagione dell'influenza che le enunciazioni di questo tipo spiegano sull'interpretazione di tutte le norme riconosciute come tali dall'ordinamento". MANETTI M., *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee guida Anac*, in *Dir. Cost.*, Rivista quadrimestrale, 1/2019, 57.

Se la soft law fosse assimilabile solo ad un fenomeno giuridico⁴⁵⁵, essa dovrebbe essere costituita da un complesso di regole che si applicano all'interno di un aggregato sociale, entro una sfera territoriale, attraverso un'organizzazione stabile.

Tuttavia, la soft law è qualcosa di più ed in parte di diverso rispetto ad un fenomeno giuridico, anche se, come esso, è caratterizzata da relatività, certezza ed effettività.

In merito alla prima, la relatività, essa consiste nell'attitudine delle regole ad avere un contenuto mutevole a seconda della comunità sociale a cui si riferiscono e a seconda dei fini da raggiungere. La mutevolezza del contenuto spesso è legata anche al grado di *giuridicamente rilevante* di cui risultano dotate: infatti, nel tempo l'intensità della giuridicità può cambiare in base al bisogno maggiore o minore di una disciplina giuridica più o meno stringente. Sicuramente gli strumenti soft hanno una rilevanza giuridica variabile, anzi è una delle loro caratteristiche principali, oltre che una capacità giuridica più o meno stringente.

In merito alla seconda, ovvero la certezza⁴⁵⁶, intesa come effettiva applicazione delle regole di comportamento della società e garanzia della conoscibilità delle stesse mediante istituti, (come ad esempio le sanzioni, che vengono applicate in ipotesi di infrazione), una nuova lettura di tale carattere ha consentito alla soft law di conquistarsi il proprio posto nell'ordinamento.

Mentre la relatività sembra pacificamente caratterizzare agli atti soft, diversamente non appare così immediato il rapporto con la certezza. Ciò perché della tenuta della certezza del diritto si è da sempre discusso, a causa di numerosi effetti patologici pericolosi⁴⁵⁷ che gli ordinamenti giuridici odierni hanno sperimentato e che concretamente la limitano fino ad annullarla⁴⁵⁸.

La certezza del diritto, quale volontà uguale e costante della legge, va rivista in relazione alla nuova realtà, alle esigenze del cambiamento alimentato dalla tecnica, dall'economia, dal progresso sociale, che la portano ad assumere caratteri diversi da quelli filosofici tradizionali e quindi da costanza della legge, essa diventa prevedibilità dell'intervento e dell'esito della decisione e della sicurezza dei rapporti giuridici.

Ad oggi, in una società non più piramidale, ma rappresentata da un arcipelago ovvero una struttura in continuo divenire in cui appunto il diritto cambia ed essa viene sempre più messa in discussione.

⁴⁵⁵ BUCALO, op.cit., 25, allude ad un fenomeno giuridico come a "Ciò che appare e si manifesta" secondo ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Roma- Bari, Laterza, 2005, VII, 1, 1145b- 2-6.

⁴⁵⁶ Sulla certezza si veda LOPEZ DE ONATE F., *La certezza del diritto*, Giuffrè, 1968; CALAMANDREI P., *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in Opere giuridiche, I, 504; CORSALE M., *Certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1979.

⁴⁵⁷ Che non possano esistere "in natura" ordinamenti giuridici privi di "incoerenze" e di lacune normative e che "certamente non esistono nel mondo odierno, in cui il sistema delle fonti è particolarmente complesso e le norme sono soggette a continui mutamenti", è un'idea del Bin. BIN R., *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, in www.unikore.it

⁴⁵⁸ ALPA G., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 12 ss. e RUGGERI A., *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, 129 ed anche Si pensi ai contributi di LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, Tip. Consorzio Nazionale, 1942; CARNELUTTI F., *La certezza del diritto*, in Riv. dir. civ., 1943, 81 ss., BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?* in Riv. int. fil. dir., 1951, 146 ss., sull'esigenza di certezza avvertita dall'ordinamento e di KELSEN op.cit., 124 sul disvelamento dell'*«illusione della certezza del diritto»*.

L'incertezza del diritto è ritenuta un male che mette a repentagli gli elementi di razionalità che, secondo le teorie dell'illuminismo sullo stato di diritto forniscono un contenuto di senso e fondamento al diritto e alla politica moderni⁴⁵⁹.

Nel diritto contemporaneo la certezza del diritto viene insidiata da molteplici fattori, quali: l'esplosione del diritto legislativo (perdita di generalità e astrattezza delle leggi, successione di leggi che regolamentano una medesima materia, frantumazione della disciplina giuridica in molteplici testi legislativi, sciattezza nella formulazione linguistica delle leggi) e il declino dei codici, oltre alla diffusione di diverse sfumature variegata della normazione⁴⁶⁰, come le fonti sempre più atipiche.⁴⁶¹ Si tratta, in questo contesto di analisi, di una certezza che la dottrina, ha definito “*normativa*”⁴⁶², ovvero come certezza del diritto da applicare e quindi anche (e prima di tutto) legata al momento della produzione del diritto. Si richiama ad es. la mancanza di chiarezza degli enunciati normativi, correlata alla mancanza di concentrazione della regolamentazione giuridica, rilevante per una certa materia, in poche fonti, prescegliendo invece l'utilizzo di più fonti dispersive in diversi atti e con diverso grado gerarchico, la mancanza di chiarezza nei rapporti gerarchici tra le fonti e nelle tecniche di risoluzione delle antinomie.

Rispetto al rapporto tra certezza del diritto e formulazione degli enunciati normativi, è opportuna qualche riflessione sulla performatività degli enunciati normativi⁴⁶³. Secondo alcuni interpreti⁴⁶⁴, il concetto di performatività è un valido modello da applicare alla teoria del linguaggio del diritto. Infatti, il discorso performativo implica che la semplice *enunciazione di un enunciato* non solo compie direttamente l'azione, invece che descriverla, ma attua contestualmente lo stato di cose che tale

⁴⁵⁹ BENTHAM J., *Of laws in general, The collected works of Jeremy Bentham*, edited by H.L.A. Hart, The Athlone press: University of London, London, 1970; BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?* In Riv. Int. Fil. Dir., 2, 1951, 146; ALLORIO E., *La certezza del diritto dell'economia*, in Il Dir. Dell'econ., 3, 1956, 1189; GIANFORMAGGIO L., *Certezza del diritto*, in Dig. Disc. Privat, Sez civ., Utet, Torino, 1988; PIZZORUSSO A., *Certezza del diritto* (profili pratici), in Enc. Giur.Vi, Treccani, Roma, 1988; RIMOLI F., *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in *Trasformazioni della funzione legislativa. II, Crisi della legge e sistema delle fonti* (a cura di) MUDUGNO F., Milano, Giuffrè, 2000, 73; GROSSI P., *Sulla odierna incertezza del diritto*, in Giust. Civ., 4, 2014, 921.

⁴⁶⁰ Anche a livello europeo, si evidenzia come la soft law sgretoli il principio della certezza del diritto. ALGOSTINO op.cit., 277, la quale nel descrivere il peso degli atti atipici ed innominati privi di effetti vincolanti sempre più numerosi a livello europeo, precisa come la soft law “*stante la fluidità che la connota*”, può revocare in dubbio la certezza del diritto.

⁴⁶¹ PINO G., *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, relazione al Convegno di Brescia, 2017, in <https://www.gruppodipisa.it>, 2017.

⁴⁶² PINO, op.cit.

⁴⁶³ Un ruolo centrale hanno avuto, per la filosofia dell'atto giuridico e per il fenomeno della sua costitutività, le ricerche di John L. Austin sulla performatività. Infatti, se, performativo è “*quel verbo che designa un'azione, un atto linguistico, che si può eseguire dicendo semplicemente di compierlo*” (ossia enunciando enunciati del tipo: “Io ti prometto che p”, “Io ti accuso di q?”), in realtà, il concetto di atto performativo è stato impiegato per tematizzare un fenomeno parzialmente differente, ossia, la possibilità di produrre, di costituire, mediante l'esecuzione di un atto di linguaggio (ad esempio, mediante l'atto dell'accusa, della nomina o della donazione), un ulteriore stato di cose istituzionale. SILVI M.Q., *L'atto giuridico e le sue regole Saggio su diritto e giochi*, Roma, Aracne, 2017.

⁴⁶⁴ GARZONE G., *Espressione della performatività nel testo giuridico: italiano e inglese a confronto*, in *Transiti letterari e culturali*. Volume II, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 1999, 128-144 ed anche BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1950, 4 e CARCATERRA G., *Norme costitutive ora in U. Scarpelli e P. Di Lucia* (a cura di), 1994, 219-231 e CONTE A.G., 1994, *Performativo vs. normativo*, in U. Scarpelli e P. Di Lucia (a cura di), 1994, 247-263.

enunciato significa. In altri termini, esso ha la capacità di definire una nuova situazione, istaurando nuovi rapporti giuridici o alterando quelli esistenti con effetto costitutivo. In particolare ci si riferisce proprio alle norme, prive di valore prescrittivo o imperativo, ma che hanno l'effetto contestuale di istaurare lo stato di cose che nominano, come sembra avvenire per gli atti di diritto attenuato.

Tornando alla certezza, essa si inserisce tra i numerosi fattori e non è sola ed unica causa di crisi del quadro giuridico d'insieme⁴⁶⁵: innanzitutto il sistema delle fonti strutturato secondo gerarchia e competenza e composto di fonti tipiche permeate dei classici caratteri delle fonti del diritto quali generalità ed astrattezza, non è più adeguato al pluralismo giuridico e ai tempi ed esigenze della c.d. regolamentazione giuridica post-moderna tipica di un'economia globalizzata.⁴⁶⁶ Inoltre, la traslazione di competenze, compiti e funzioni, da un lato, agli organismi sovranazionali e dall'altro a organi di regolazione con la conseguente riduzione dei poteri in Capo allo Stato soprattutto nell'organizzazione dell'economia (con il passaggio, in altre parole, dallo stato di diritto sociale allo stato di diritto economico)⁴⁶⁷, incide sul sistema delle fonti creando la crisi di cui si è già detto diffusamente.

Pertanto, in tale stato di crisi della certezza, si impongono una pluralità di fonti di produzione, che sono caratterizzate, come si vedrà da diversi modi di produzione normativa⁴⁶⁸, rispetto ai quali è incerta l'individuazione dei soggetti responsabili dei processi decisionali.

Quindi per essere inquadrata come fenomeno, la soft law deve osservare e perseguire la certezza del diritto. Da quanto detto, così non è; anzi, è la nascita del diritto attenuato che ha contribuito, in larga parte, a mettere all'angolo la certezza del diritto.

In merito alla terza ed ultima caratteristica del fenomeno giuridico, l'effettività, essa consente di leggere la soft law quale fenomeno giuridico ed al contempo quale fonte del diritto.

Intanto, secondo una parte degli interpreti, per ritenere che la soft law interna possa avere piena cittadinanza nell'ordinamento, è necessario non riconoscerne una valenza formale, ma valorizzarne l'effettività. Ciò in quanto la complessità del diritto odierno, impone di ritenere superata la distinzione tra fonte in senso materiale e fonte in senso formale, essendoci sempre più fonti di fatto che non sono, come abbiamo visto più collocabili nella piramide, ma fanno parte della rete nel dialogo con le altre fonti secondo processi di osmosi ed integrazione, come si vedrà per le linee guida. Quindi se è vero che il diritto ormai si genera in forme diverse da quelle classiche, ciò può

⁴⁶⁵ STAIANO S., *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale*, in *Diritto e società*, 4/2015, 684.

⁴⁶⁶ ARNAUD A.J., *O direito modernidade e globalização. Licoes de filosofia do direito e do estado*, Rio De Janeiro, 1999, nell'analisi della contrapposizione tra diritto moderno e post-moderno.

⁴⁶⁷ AMIRANTE, op.cit., 179.

⁴⁶⁸ AMIRANTE, op.cit., 180.

avvenire solo se si ritiene operante il principio di effettività, che, fungendo da norma sulla produzione, fa sì che il diritto nasca in forme diverse “*rinvianti al momento decisionale- riconoscimentale connesso ai processi di positivizzazione giuridica con la conseguenza che gli atti e i comportamenti tendenti alla creazione del diritto quando raggiungono l’effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti*”⁴⁶⁹.

All’interno di questi nuovi atti normativi, si collocano appunto gli atti di soft law.

Nel rispetto del canone dell’effettività⁴⁷⁰, una regola di diritto si può considerare davvero esistente, in quanto i membri della società, all’interno della quale essa produce i propri effetti, le riconoscano valore obbligatorio di fatto e per questo la osservino, collegando la sua violazione all’irrogazione di una sanzione, sia essa di natura giuridica o sociale. Pertanto, non basta che una regola sia prevista come tale (all’interno di un determinato atto normativo), ma a ciò deve accompagnarsi l’effettivo adeguamento dei comportamenti individuali e sociali alla norma stessa.

Dobbiamo chiederci se quindi le norme di soft law operino in linea con l’effettività⁴⁷¹ ovvero se, la loro stessa esistenza, dipenda dalla convinzione sociale della loro obbligatorietà.

Tale valutazione può essere condotta a condizione di ritenere le norme di soft law come norme *extra-ordinem*, in quanto, secondo una parte della dottrina⁴⁷², l’operatività delle fonti *extra-ordinem* “*costituisce diretta applicazione del principio di effettività*”⁴⁷³. Ciò a condizione di abbracciare la posizione del Crisafulli, il quale ritiene che le norme *extra-ordinem* possano risultare anche da un *comportamento* individuale, afferendo quindi alla condotta e quindi ai fatti. In tal modo, si conferma che, le fonti *extra-ordinem* siano fonti di fatto⁴⁷⁴.

Nell’analisi dei caratteri delle fonti *extra-ordinem*, è possibile rinvenire alcuni aspetti peculiari degli atti di diritto attenuato, concludendo quindi per la loro probabile riconduzione a tale categoria di fonti. Come gli atti di soft law interna, le fonti *extra-ordinem* difettano di base legale e la loro esistenza si spiega in relazione al principio di effettività, alla luce del quale l’efficacia si misura in relazione, non già a criteri di ordine formale, bensì al rispetto in concreto prestato ad una determinata regola. Quindi, le fonti *extra ordinem* sono fatti normati accettati ed osservati come norme da parte dei

⁴⁶⁹ Oltre che Pastore il quale valorizza il ruolo del principio di effettività, op.cit., 22 anche CATANIA A., *Teoria e filosofia del diritto. Temi problemi figure*, Torino, Giappichelli, 2006, e SORRENTINO, op.cit., 24.

⁴⁷⁰ Sull’effettività ancora si rimanda alla trattazione contenuta nel paragrafo “*effettività, validità, obbligatorietà*” in MAZZIOTTI DI CELSO M., voce *norma giuridica*, Enc. Del diritto, XXI, Roma, 1990, 11.

⁴⁷¹ In generale PIOVANI P., *Il significato del principio di effettività*, 1953, Milano, Giuffrè; CATANIA A., *diritto positivo ed effettività*, Napoli, Esi 2009; CATANIA A., (a cura di), *Dimensioni dell’effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2005; IRTI N., *Significato giuridico dell’effettività*, Napoli, Esi 2009; MODUGNO F., CERRI A., *Rassegna critica delle nozioni di efficacia ed effettività*, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1970. In particolare Sulla valutazione degli effetti, in osservanza del principio di effettività, una parte della dottrina ritiene che possano riconoscersi solo dopo che il fatto li ha generati e quindi un fatto normativo si può individuare solo retrospettivamente. Quindi, anche rispetto alle norme soft, la valutazione dei loro effetti può essere fatta solo a posteriori, dopo che essi si sono già spiegati nell’ordinamento. MODUGNO, voce *fonti del diritto*, op.cit., 5.

⁴⁷² PIZZORUSSO, op.cit., 542 e ss.

⁴⁷³ PIZZORUSSO, op.cit., 542 e ss.

⁴⁷⁴ Di “*fatti*” riferisce PIZZORUSSO, op.cit., 543.

consociati, come abbiamo visto accadere per numerosi atti di diritto attenuato interno, come anche rispetto alla loro capacità produttiva di diritto che, come per gli atti *soft*, non può affermarsi *ex ante* (come avviene per le fonti legali), ma soltanto *ex post*, una volta valutata in concreto l'effettività che li caratterizza. Come per gli atti attenuati, anche per le fonti *extra-ordinem*, non è possibile redigere un elenco e neppure operarne una sistematizzazione a priori, essendo questa una categoria di atti eterogenei⁴⁷⁵.

Dobbiamo ripartire però dall'inquadramento di Kelsen della nozione di effettività⁴⁷⁶, per cui il problema dell'effettività e dell'efficacia,⁴⁷⁷ se intesa come osservanza delle norme, si pone solo per le norme che Kelsen aveva definito secondarie e non primarie (norme che impongono una sanzione e che si definiscono solo in base alla loro applicazione o non applicazione). Pertanto, nell'evoluzione della sua dottrina, Kelsen non definisce più l'efficacia/effettività come osservanza ma come conformità che si manifesta sia nell'adempimento delle norme sia nella loro applicazione. Nella ricostruzione del concetto di effettività, essa va posta in relazione alla validità: se il principio di effettività è “*il principio in virtù del quale solo le norme in complesso efficaci possono essere considerate valide*”, allora la validità è la condizione per cui un aggregato di norme può essere pensato come giuridico e l'efficacia è la condizione per cui solo certo materiale può essere pensato come giuridico⁴⁷⁸.

Se è vero che i comandi giuridici, secondo il principio di effettività, sono conoscibili come tali a condizione che ricevano un tasso di osservanza e di accettazione, allora la *soft law* rispetta tale principio avendo la capacità di essere osservata ed accettata dai consociati. Non è in dubbio che ciò avvenga in diritto internazionale ed europeo e ne sono prova i numerosi esempi richiamati, ma non è allo stesso modo detto per la *soft law* interna.

Tuttavia, se si ritiene che anche la *soft law* sia una fonte del diritto di fatto, allora, il principio di effettività collega norma e fatto con la formula classica “*ex facto oritur*”⁴⁷⁹, essendovi un legame tra tale principio e le norme sulle fonti che deriva dalla capacità di queste ultime di funzionare come

⁴⁷⁵ In linea generalissima, possono comunque essere individuate due tipologie di fonti. La prima corrisponde alle fonti creative di nuovi ordinamenti, cioè ai fatti instaurativi di nuovi assetti costituzionali o anche di nuovi ordinamenti statali. A ben vedere, qualunque processo storico e politico che dà luogo ad un nuovo Stato o ad un nuovo ordinamento costituzionale è una fonte *extra ordinem*, perchè non prevista dall'ordinamento precedente, che si imporrà – divenendo la base dell'ordinamento futuro – soltanto se vi sarà l'effettività. La seconda categoria di fonti *extra ordinem* corrisponde a quelle che hanno portata limitata, inserendosi in un ordinamento esistente, come una sorta di innovazione più o meno limitata. Esempio è l'assunzione di un comportamento in violazione di regole prodotte da fonti legali, un'assunzione che, reiterata nel tempo, viene poi percepita come obbligatoria per i consociati, creando, così, una consuetudine *contra legem*, la cui effettività si impone sul rispetto dell'ordine delle fonti, che esclude la legittimità di una consuetudine contrastante con il diritto oggettivo posto da fonti sovraordinate (come, tra le altre, la legge).

⁴⁷⁶ KELSEN, op.cit., cap. V.

⁴⁷⁷ Per Kelsen, propria dell'ordinamento non è solo la validità ma anche l'efficacia: l'ordinamento efficace è quello osservato e tale efficacia può essere osservata da numerose angolazioni: in positivo come osservanza in negativo come inefficacia in senso forte come osservanza effettiva in senso debole assenza di inosservanza. KELSEN, op.cit., cap.V.

⁴⁷⁸ GAVAZZI G., voce *effettività*, Roma, Enc. Giur. Treccani, XII, 1989.

⁴⁷⁹ CESARINI SFORZA W., *Ex facto oritur*, in Riv. Int.fil. dir., 1931, 585 ed anche PIOVANI P., voce *effettività* (principio di) Enc.dir, XIV, Milano, Giuffrè, 1965.

metro della validità ed efficacia di tutte le norme che compongono l'ordinamento. Correlativamente, il principio di effettività, costituendo la base delle norme sulle fonti, può giustificare anche l'operatività delle altre norme. Ciò anche se tali norme operano sul piano sociale, poiché esso salda il momento giuridico dell'esperienza e quello sociale⁴⁸⁰ e quindi un diritto mite o attenuato si radica nel sistema sulla base dell'applicazione di tale principio.

Quanto detto si collega anche ad una riflessione di Esposito, il quale rinviene il fondamento della obbligatorietà delle norme, non nella loro conformità giuridica ad un modello astratto di validità, bensì nella loro effettività, ovvero nella capacità spontanea dei consociati di adattarvisi e riconoscere i comportamenti come vincolanti⁴⁸¹.

Quindi se è vero che l'effettività serve a spiegare il rapporto tra la norma e il fatto, (*ex facto oritur ius*), essa ben può spiegare la vigenza di singole norme specifiche come appunto quelle di soft law. Rispetto ad esse, viene valorizzata la capacità di produrre un effetto giuridico e poi normativo⁴⁸². Si tratta di norme in cui non si rinvencono generalità, astrattezza, novità⁴⁸³, ma sicuramente producono effetti giuridici *erga omnes*. Essi non sono previsti dalle norme sulla produzione, ma sono comunque operanti poiché la loro efficacia deriva dal principio di effettività che si pone come fondamento del sistema delle norme sulla produzione giuridica ed è al contempo “*l'unica giustificazione del suo funzionamento*”⁴⁸⁴.

Pertanto le norme soft in quanto appartenenti alla categoria delle fonti *extra-ordinem* e all'area del fatto⁴⁸⁵, vanno inquadrare come fonti⁴⁸⁶ e nello specifico come fonti fatto⁴⁸⁷ sempre effettive⁴⁸⁸.

⁴⁸⁰ MENEGHELLI R., *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, 1975, Padova, Cedam, 162-164.

⁴⁸¹ ESPOSITO C., *La Consuetudine costituzionale*, 1962 ora in *Diritto costituzionale vivente*, 308.

⁴⁸² Fatti normativi con effettività legittimante che “*non corrispondendo alla fattispecie astratta di una norma sulla produzione giuridica, possono essere denominati fatti normativi originari, in contrapposizione ai fatti normativi previsti dalle fonti regolate dalle norme sulla produzione giuridica contenute nell'ordinamento positivo*” PIZZORUSSO, op.cit., 20.

⁴⁸³ CRISAFULLI V., *Atto normativo*, in *Enc. Dir. IV*, Giuffrè, 1959, 241-250.

⁴⁸⁴ PIZZORUSSO, op.cit., 20-21, il quale però evidenzia come i fatti normativi derogano al principio di certezza del diritto “*che presiede a tutto il sistema delle norme sulla produzione giuridica e che non si realizza soltanto negli strumenti volti alla conoscenza delle disposizioni, ma anche nella stabilità e nella effettiva applicazione di tutte quante le regole che compongono il sistema stesso*”.

⁴⁸⁵ Oltre ad ALGOSTINO, op.cit., 261, ROSS A. precisa in *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 2001, 74 che, per fonte, si intende “*l'insieme di fattori che influiscono sulla formulazione della norma che sta a fondamento della decisione del giudice con la precisazione che questa influenza può variare: da quelle fonti che forniscono al giudice immediatamente una norma che egli non deve fare altro che riconoscere valida, a quelle fonti che gli offrono soltanto idee e aspirazioni, dalle quali egli stesso deve trarre la norma di cui ha bisogno*”

⁴⁸⁶ Sebbene una parte degli interpreti riteneva che il fatto normativo costituisse “*diritto senza fonte*”. ZICCARDI P., *Consuetudine* (diritto internazionale), *Enc. Dir. Vol. IX*, 479 e, sebbene una parte della dottrina ritiene che la soft law consista “*in regole di condotta prive di coercibilità in senso tradizionale e non è ascrivibile tra le fonti del diritto*”. MORBIDELLI G., *Degli effetti giuridici della soft law* (editoriale), in *Riv. Della regolazione e dei mercati*, 2/2016. Anche Bin afferma che la soft law non sia una fonte del diritto, anzi propone una sua espunzione dal sistema asserendo che “*la soft law per definizione, non c'entra con le fonti del diritto*”. BIN, op.cit., 37.

⁴⁸⁷ Per fonte fatto si intende, a differenza della fonte atto, una fonte avente una diretta produttività delle norme (senza quindi organi espressione di potestà normativa) e quindi la norma sorge spontaneamente in virtù del fatto. MODUGNO, op.cit., 9. Pastore, ascrive la soft law fra le fonti partendo da un concetto di fonte molto ampio secondo cui “*ci sono fonti che forniscono all'operatore giuridico immediatamente una norma valida e fonti che offrono soltanto idee, ispirazioni, orientamenti, effetti di indirizzo. Le fonti così presentano gradi diversi di oggettivazione*”. PASTORE, op.cit., 12-14.

⁴⁸⁸ Ovvero fonti in senso materiale “*per definizione sempre effettive*”. ZAGREBELSKY, op.cit., 260.

Quindi si deve guardare al diritto *morbido* come ad un insieme eterogeneo di fonti di produzione di regole che assurgono al rango della giuridicità, sia pure di una giuridicità attenuata, nel momento in cui diventa concretamente effettivo. Sembrerebbe, dunque, di trovarsi al cospetto di fonti atto. Tuttavia di tali strumenti di produzione del diritto non vi è menzione alcuna in nessuna norma giuridica sulle fonti del diritto che, in ogni ordinamento statale, internazionale e comunitario, è istituzionalmente deputata all'individuazione formale e definitiva degli atti o dei fatti in grado di essere la scaturigine di regole di condotta giuridicamente rilevanti. La *ratio* di ciò risiede in una forma di timore a cristallizzare in una formula giuridica l'esistenza, incontestabile di fatto, di strumenti in grado di produrre un diritto attenuato oltre che una vera e propria riluttanza a sancire per iscritto un'espressione ossimorica che vede il sostantivo diritto accompagnato da un aggettivo classicamente in contrasto con esso, quale attenuato o piuttosto morbido o leggero; tale elaborazione, infatti, rappresenterebbe l'ammissione di una sconfitta e la distruzione ufficiale di oltre un secolo di cultura fondata sul positivismo giuridico.

In quanto tali, queste norme, hanno l'attitudine ad indicare il comportamento da tenere e vengono rispettate dai consociati, pur non essendo assistite da vere e proprie sanzioni, per la loro influenza persuasiva, tenuto anche conto che, rispetto ad esse, non si può individuare né un soggetto né un procedimento di riferimento per la loro formazione, ma rispetto ad esse il fatto è assunto nella sua oggettività essendo dotato di alcuni caratteri ritenuti significanti.

In quanto fonti fatto esse incidono sul diritto producendolo⁴⁸⁹, ma su un piano di fatto ed agiscono come fatti volontari, sia rispetto alla condotta posta in essere e sia rispetto al riconoscimento degli effetti.

Pertanto, il diritto attenuato non può essere ritenuto unicamente un fenomeno giuridico, in quanto esso si impone come particolare tipologia di regole che non disciplinano un aggregato sociale in una sfera territoriale, ma in modo molto più magmatico, si adattano a contesti diversi dell'ordinamento ove si impongono come vere e proprie fonti. Diversamente gli atti soft sono insieme fonti di fatto e fenomeno giuridico, proprio sulla base dell'applicabilità ad essi del principio di effettività. Ciò, sebbene una parte della dottrina ritenga che tale principio non possa operare per giustificare la vigenza di singole norme o di più aggregati di norme e soprattutto fatti normativi⁴⁹⁰. Tuttavia, si può abbracciare il pensiero di chi ritiene che invece tale principio possa ben fungere da

⁴⁸⁹ Va evidenziata la capacità degli atti di soft law di intervenire sull'ordinamento giuridico innovandone le norme che conferma che tali strumenti hanno la natura di fonti del diritto intesa in questo caso come insieme dei fattori che influiscono sulla formulazione della norma ed ancora come il fatto cui l'ordinamento riconnette la nascita o la modificazione ed estinzione di una norma giuridica. Sul punto ROSS A., *Diritto e giustizia*, op.cit., 74 e poi PERASSI T., *Teoria e dottrina delle fonti delle norme giuridiche in diritto internazionale*, in Riv. Dir. Int., 1917, 195.

⁴⁹⁰ In realtà Crisafulli riferiva di un'effettività legittimante di fatti normativi privi del carattere di fonte legale. CRISAFULLI, *lezioni*, op.cit., 147.

strumento per valutare, all'interno dell'ordinamento, quale funzione assegnare, a forme di produzione extralegislativa del diritto.

In conclusione, circa la prima domanda che ci siamo posti, ovvero se la soft law costituisca oggi una fonte del diritto del nostro ordinamento e se quindi abbia un'autonoma rilevanza costituzionale, la risposta è che essa costituisce una fonte prossima alle fonti *extra-ordinem* afferente alla categoria dei fatti giuridici. Si tratta di una delle uniche tipologie di strumento normativo capace di rispondere, con una giuridicità soft, alle esigenze di dinamismo ed elasticità del sistema cui la normazione primaria non sembra più in grado di rispondere. Infatti, la soft law sembra, a tutti gli effetti, in grado di generare regole giuridiche e per questo, sebbene atipica, è ritenuta una vera e propria fonte del diritto, a condizione di accettare che la nozione di fonte non sia più e solo quella classica, bensì fonte quale “*insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme*”⁴⁹¹.

Nel nostro ordinamento ormai è pacifica l'esistenza di atti soft, che convivono con le altre fonti in un unico sistema giuridico che rinviene al suo interno tutti gli strumenti interpretativi in grado di colmare le lacune normative e tutti i criteri per risolvere antinomie tra regole di diverso rango o che si succedono nel tempo o che sono speciali. Ciò in quanto la prassi corrente ci pone di fronte ad un ampio panorama di atti persuasivi, collaborativi, esortativi, elaborati da enti istituzionali, associazioni di categoria, ordini professionali, Autorità amministrative indipendenti. Nel nostro ordinamento, gli atti soft non dovrebbero essere emanati direttamente dagli organi costituzionali, essendo i loro compiti e gli strumenti all'uopo utilizzabili espressamente previsti in Costituzione. Tuttavia, molti atti di diritto attenuato sono di derivazione legislativa, in quanto il Parlamento, tramite la legge rinvia ad essi come atti integrativi o sussidiari della norma primaria. Si richiamano le linee guida⁴⁹², espressione di un soggetto pubblico (ad es. un'Autorità indipendente) che, mediante esse, integra la legge primaria che con un rinvio fisso rinvia alle linee guida. Pertanto, esse vincolano formalmente i destinatari che devono dimostrare se si discostano dal loro contenuto. In merito al rapporto che si realizza tra la linea guida e la legge che da essa viene completata o integrata, il solo richiamo della linea guida all'interno della legge, implica che essa acquisisca il medesimo rango e posizione della legge stessa. Ancora, un altro esempio, sono i codici di comportamento della pubblica amministrazione il proprio principale archetipo⁴⁹³. Struttura in parte simile ai codici

⁴⁹¹ PASTORE, op.cit., 24.

⁴⁹² Si richiamano a titolo di esempio: (i) le linee guida redatte dal Ministero delle politiche agricole di supporto alla normativa primaria come «indicazioni ed informazioni» relative alla sana alimentazione; (ii) le linee guida in materia di salute e sicurezza, contenute all'art. 2, c. 1, lett. z), D. Lgs. 81/08, come «atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza predisposti dai ministeri, dalle regioni, dall'ISPESL e dall'INAIL e approvati in sede di Conferenza Stato-Regioni».

⁴⁹³ Nel nostro ordinamento i codici di comportamento per i dipendenti pubblici si sviluppano nella prima parte degli anni Novanta con l'emanazione del d.lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993 e dal seguente decreto del Ministro della funzione pubblica del 31 marzo 1994 che adotta concretamente il previsto codice. MATTARELLA B., *I codici di comportamento*, in Riv. giur. Lav. prev. Soc., 1996, p. 246; VACCARO, *Note a margine dei codici di comportamento nel pubblico impiego*, in Dir. lav.,

di comportamento presentano i codici deontologici degli ordini professionali, aventi il compito di regolamentare l'esercizio della professione, in conformità a determinati valori, in relazione ai rapporti con la clientela, coi colleghi e con l'ordine stesso.

In merito ad essi bisogna evidenziare che non appartengono all'ordinamento generale, bensì vengono in rilievo solo all'interno di quegli ordinamenti particolari che si è soliti chiamare ordini professionali⁴⁹⁴.

In conclusione, la soft law quale fonte del diritto del nostro ordinamento è utilizzata nell'ambito delle Autorità amministrative indipendenti⁴⁹⁵ come strumento di intervento regolativo, dei comitati etici che fissano regole deontologiche e comportamentali volte al conseguimento di un preciso obiettivo⁴⁹⁶, mediante atti soft come raccomandazioni, pareri, direttive, codici etici ed infine delle nuove forme di autodeterminazione normativa che usano norme leggere, elastiche e flessibili.

2. Un tentativo di definizione e funzione del diritto attenuato interno

Chiarito quindi che il diritto attenuato è una fonte, limitrofa alle fonti *extra-ordinem* che agisce sul piano del fatto, bisogna darne una definizione e poi analizzarne le caratteristiche che hanno destato non pochi dubbi ed incertezze tra gli interpreti.

Sotto la denominazione di soft law vanno ricompresi tutti gli atti e documenti, della più diversa natura e provenienza, privi di uno spiccato crisma di giuridicità, ma dotati di una loro particolare rilevanza⁴⁹⁷.

1998, 420. Solo successivamente, con il d.lgs. n. 165/2001, viene estesa a tutte le amministrazioni la possibilità di dotarsi di propri codici integrativi a quello detto.

⁴⁹⁴ In tale senso si sono espresse le Sezioni Unite, sent. n. 12 dicembre 1995, n. 12723, secondo le quali la deontologia deriva dalla “*potestà di autoregolamentazione che compete agli ordini professionali e che ha efficacia normativa, seppure limitata all'ordinamento particolare cui gli appartenenti all'ordine hanno dato vita*”. Il carattere separato della deontologia professionale è stato altresì affermato da autorevole dottrina, secondo la quale l'ordinamento generale riserva agli ordini e dunque all'autonomia di questi soggetti, la posizione di norme per il corretto esercizio della professione intellettuale, tuttavia senza assurgere tali regole a norme dell'ordinamento generale. Così, SANDULLI A., *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di Cassazione*, in Giust. civ., 1961, 619.

⁴⁹⁵ PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997, 61 e 66.

⁴⁹⁶ MOSTACCI, op.cit., 113 e ss.

⁴⁹⁷ Le definizioni di soft law sono molteplici. Se ne richiamano solo alcune: “*la soft law indica una serie di atti quasi giuridici, mai omogenei quanto ad origine e natura, privi di effetti giuridici pienamente vincolanti, ma giuridicamente rilevanti poiché idonei a trasformarsi in diritto precettivo*”. TANZI A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Padova, Cedam, 2003. Per le difficoltà nella definizione di soft law, secondo i primi studiosi del tema, il termine soft law è un “*paradoxical term*” perché descrive un fenomeno ambiguo, che fa parte del contemporaneo processo creativo del diritto che prescinde dalle categorie “*classical and familiar*” con cui gli interpreti descrivono la creazione delle norme. Si richiama TERPAN F., *Soft law in the European Union: The changing nature of EU law*, in *European law journal*, 2014 6, il quale precisa che “*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*”.

Una parte degli interpreti ritiene sia sufficiente per identificare tale categoria, evidenziarne, come già detto, l'assenza⁴⁹⁸ di generalità ed astrattezza, ovvero la mancanza di un'efficacia immediatamente vincolante, non essendo atti portatori di norme di comportamento aventi carattere autoritativo. Da qui dovrebbe emergere che è soft law tutto ciò che non possiede generalità, non è vincolante e manca di autoritatività, ovvero tutto ciò che è invece *hard*.

Così, si dovrebbe ricavare la nozione di soft law a contrario⁴⁹⁹, come categoria residuale, in cui non sono presenti i caratteri propri delle norme giuridiche fino ad ora conosciuti, ovvero, per contrapposizione alla hard law⁵⁰⁰, coercibilità, cogenza, sanzionabilità ed imperatività⁵⁰¹, sia sotto il profilo del contenuto sia della forma⁵⁰².

Rispetto a tali atti, perdura il noto paradosso⁵⁰³, secondo cui al termine law è accostato quello di soft, dal momento che law è naturalisticamente *hard*.

Tuttavia, cercare di inquadrare la soft law in opposizione alla categoria del *diritto forte*, secondo una parte della dottrina, non è percorribile in alcun modo. Infatti, dire che non è opposta all'*hard law* e quindi non è vincolante, implica negare che esiste la vincolatività in via di mero fatto capace di creare un vincolo diverso da quello della *hard law*, ma non per questo necessariamente meno intenso. Si richiama a titolo di esempio la vincolatività di fatto che produce la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti umani⁵⁰⁴. Inoltre, tale vincolatività speciale della soft law si atterrebbe come una *vincolatività multidirezionale*, nel senso che essa può vincolare chi la pone rispetto alla

⁴⁹⁸ L'idea di ricavare la nozione di soft law in negativo deriva dal fatto che, almeno apparentemente, manca un elemento positivo e differenziale, è nata in relazione ai primi esempi di soft law presenti nel diritto internazionale. Sul punto LUZZATTO R., *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, In CARBONE S.M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006, 78.

⁴⁹⁹ Nel senso che in origine gli atti di soft law sembravano privi di elementi positivi e differenziali e per questo la dottrina li inquadra in una categoria residuale, composta di fenomeni normativi "anormali". Sul punto si veda MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, 2008, op.cit., 2-3 e COSTANZO P., *Hard law e soft law: il senso di una distinzione*, in COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A., *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2006, 262.

⁵⁰⁰ In merito al rapporto con la hard law, la dottrina, Ferrarese, si è interrogata se il ricorso alla soft law avviene anche quando c'è la concreta possibilità di una legislazione hard e quindi sulle ragioni per cui venga privilegiata la soft. Per dare una risposta, viene richiamata la dottrina internazionalista che riteneva sussistente un intreccio dinamico tra obblighi hard e obblighi soft soprattutto per la soft law viene usata in funzione preparatoria della hard law. Quindi tra loro vi è un legame di connessione e di funzionalità. Il diritto contrattuale europeo, invece, costituisce uno dei pochi casi in cui hard e soft law siano in contrapposizione. Sul punto FERRARESE, op.cit., 77.

⁵⁰¹ La norma giuridica si differenzia per la formulazione imperativa, oltre che per la generalità ed astrattezza delle prescrizioni. GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, 40.

⁵⁰² La struttura delle norme soft sembra appartenere alla categoria delle norme non condizionali (ovvero quelle non composte di protasi, cioè la parte di enunciato che determina la condizione e apodosi cioè la parte dell'enunciato che determina la conseguenza). Le norme soft sono formulate in un linguaggio ottativo e valutativo ed indicano un fine da conseguire o una direzione in cui andare od enunciano disposizioni di principio, consigliano un atteggiamento da tenere, un valore che richieda attenzione.

⁵⁰³ Sul punto si richiama il pensiero di Giario il quale afferma che "A giudicare alla stregua del positivismo giuridico, secondo cui il diritto promana dai comandi del legislatore muniti di sanzione statale, il soft law sarebbe semplicemente un non-diritto. In mancanza sia della competenza legislativa, sia delle procedure prescritte, sia della garanzia d'esecuzione può sorgere, difatti, unicamente un quasi-diritto, basato su una intenzione normativa andata a vuoto" in *Soft law e hard law nelle società postmoderne* (a cura di Alessandro Somma), Torino, Giappichelli, 2009, cit., 83.

⁵⁰⁴ BOSCHETTI op.cit., 2.

propria condotta e alle proprie azioni, senza vincolare altri soggetti. Si richiama ad esempio una pronuncia della Corte di Giustizia riguardante una comunicazione della Commissione Europea sul settore bancario, in cui la Corte ha ritenuto l'atto vincolante per la Commissione, ma non vincolante per gli Stati⁵⁰⁵.

Le esperienze, prima della sola tradizione internazionale ed europea, poi anche interna, testimoniano che, accanto alla vincolatività degli atti *hard*, ne esiste un'altra, soft, sotto un altro profilo, ovvero quello della flessibilità. Il diritto attenuato viene contrapposto *all'hard law* perché, a differenza di essa, sarebbe flessibile e quindi mai rigido. Anche tale contrapposizione sembra essere inadeguata in quanto il carattere della flessibilità delle norme può avere molteplici significati che, di fronte ad una categoria ampia ed eterogenea come quella delle norme soft, è ben possibile che si adatti.

Infatti flessibile è un atto modificabile con meccanismi meno rigidi di quelli prescritti per il diritto formale oppure un atto che lascia una sorta di discrezionalità ai destinatari ed ancora perché si adatta alle circostanze del caso concreto ed infine consente all'agente di conformarsi ad un *facere* diverso da quello prescritto, come avviene ad es. quando viene lasciato un margine di apprezzamento nell'esercizio del potere (c.d. "*open mindness*"⁵⁰⁶).

La flessibilità, come carattere tipico di una certa categoria di atti, non è propria solo della tradizione della *common law*⁵⁰⁷, ma anche del diritto francese, in cui, attorno al *droit mou*⁵⁰⁸ è stata costruita una categoria di atti "morbidi" sotto il profilo sostanziale e dell'efficacia.

Pur avendo chiarito il rapporto tra la *hard law* e la soft law, tuttavia, mentre secondo alcuni quest'ultima costituisce il contenitore di una tipologia non omogenea di atti atipici (per natura ed origine); diversamente, secondo altra dottrina, si tratta di una tecnica normativa di produzione giuridica di disposizioni fluide e flessibili. Per altri ancora, la soft law è, al contempo, una tipologia di atti ed anche una tecnica di regolazione e per altri ancora una dichiarazione di metà giuridicità

⁵⁰⁵ CGUE, decisione 19 luglio 2016 C-526/2014 Kotnik e A.

⁵⁰⁶ BOSCHETTI, op.cit.

⁵⁰⁷ Per un'analisi dell'*international common law* e dell'esperienza statunitense, BOSCHETTI, op.cit.

⁵⁰⁸ Nell'ordinamento Francese la soft law viene tradotta con l'espressione *droit mou* o *droit souple*. Il Conseil d'État francese ha dedicato un suo recente studio alla soft law, ribattezzandola in termini di *droit souple*, ossia di diritto flessibile. CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, Collana Le rapports de le Conseil d'État, Rapport 2013, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Droit-souple>; si veda, inoltre, LAVERGNE B., *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, 2012; AUBY J.B., *Prescription juridique et production juridique*, *Revue de droit public*, 1988, p. 673; CHEVALLIER J., *Vers un droit postmoderne*, in CLAM-G MARTIN J. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998 e *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003; THIBIERGE G., *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 559; BOY L., *Normes techniques et normes juridiques*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 21, gennaio 2007; ROULAND M., *La normalisation technique* (instrument de concurrence a la loi in CLAUDE E., THULLIER B. (dir.), *Le droit mou, une concurrence faite à la loi*, Parigi, CEDCACE, 2004, 16 p., <http://www.glose.org/CEDCACE7.pdf>; BRAC M., *Codes de bonne conduite: quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur*, in CALUDEL E., THULLIER B. (dir.), *Le droit mou: une concurrence faite a la loi*, Parigi, 2004, 18, <http://www.glose.org/CEDCACE3.pdf>.

laddove è in dubbio la sua essenza giuridica particolare, perché comunque gli atti di soft law non hanno una forza condizionante, ma precettiva attenuata.

Certamente, sembra ormai necessario superare quella dottrina tradizionale per cui coniugare un esiguo potenziale autoritativo ad un livello variabile di effettività e di rilevanza giuridica farebbe sorgere l'impressione che la soft law stia al margine del sistema; diversamente opinando, anche tenendo lo sguardo alle più recenti manifestazioni di atti soft, è evidente ed imprescindibile ritenere la soft law parte del sistema o dei sistemi.

A questo punto, chiarito che si tratta di una categoria cittadina del nostro ordinamento, prima di comprenderne caratteristiche, funzione e ruolo nel sistema, dobbiamo indagare quale tipologia di norme sono quelle di diritto attenuato.

3. Le norme soft interne tra norme sociali e norme tecniche

A giudicare alla stregua del positivismo giuridico, secondo cui il diritto deriva dai comandi del Legislatore muniti di sanzione statale, la soft law sarebbe un non-diritto.

Se è vero che il diritto positivo si articola in atti e fatti completi ed adeguati secondo i caratteri propri delle fonti, è anche vero che oggi il diritto positivo si distingue in numerose manifestazioni della c.d. pratica giuridica, tra cui va annoverata la soft law.

Tuttavia, la prospettiva adottata da alcuni studiosi è stata a lungo quella di enucleare quest'ultima categoria, partendo dall'esclusione dei caratteri che dovevano essere intesi come propri delle sole fonti di diritto positivo (nel senso classico del termine), provando così a trarne i caratteri peculiari che, nel tempo, hanno permesso di ritenerla una categoria giuridica a sé.

A tal fine, occorre tratteggiare la distanza tra le norme giuridiche e le norme c.d. etico-sociali. Proprio su tale distanza infatti, si pongono i primi interrogativi relativi la riconduzione delle norme di soft law alle norme giuridiche e a quali tipi di norme, in particolare alle c.d. norme tecniche.

In relazione alla nozione di norma giuridica⁵⁰⁹, dobbiamo premettere che il *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* dedica al termine norme⁵¹⁰ quattro voci, rispettivamente generale, antropologico-giuridica, sociologico-giuridica e teorico-giuridica.

Nella prima voce, il termine viene ricondotto a quattro diversi campi semantici ovvero: (i) Enunciato imperativo o prescrittivo appartenente a un ordine o sistema normativo, e obbligatorio entro questo sistema; (ii) Significato prescrittivo di un enunciato, di qualunque forma sia, e in generale di qualsiasi azione umana, riferito a un certo ordine o sistema normativo; (iii) Strumento di misura concernente lo svolgersi del corso delle cose, di carattere puramente psichico; (iv) Modello o standard, non sempre obbligatorio, cui ci si può conformare nella realizzazione di un'operazione tecnica.

Analizzando i quattro significati appena riportati si può osservare che, la distinzione fra il primo e il secondo, corretta sul piano semiotico e ben consolidata, può essere ricondotta a unità: in entrambi i casi siamo di fronte a un enunciato prescrittivo o interpretabile in senso prescrittivo. Nel quarto significato si perde il carattere dell'obbligatorietà, esplicito nel primo e implicito nel secondo, ma si mantiene quello, lato sensu, della prescrittività. Un modello che può essere seguito è pur sempre guida di un corso di azioni: non descrive, ma, senza imporre, raccomanda o consiglia quel corso di azioni. Tale ultima precisazione consente di ritenere anche quelle sociali, vere e proprie norme.

Come noto, per norme giuridiche si intendono le norme imposte dallo Stato, mentre per norme sociali le norme afferenti gli usi e la morale di una certa società.

Le due categorie si distinguono per molteplici aspetti: innanzitutto le norme giuridiche sono norme codificate, mentre le norme sociali⁵¹¹ sono intese quali regole implicite⁵¹², comportamenti ripetuti nel tempo⁵¹³ dalla collettività e definiscono “*delle aspettative di comportamento nei rapporti considerate vincolanti?*”.

⁵⁰⁹ la parola norma, usata in modo metaforico, indica regola, prescrizione, legge come ad es. in Cicerone “*fontem omnium bonorum in corpore esse: hanc normam, hanc regulam, hanc praescriptionem esse naturae*” (Acad., II pr., 46, 140), intesa anche come criterio o modello cui la legge deve uniformarsi. Nell'età repubblicana, norma equivaleva già a regola iuris intesa come massima derivante dalla generalizzazione delle opinioni dei giuristi. In età imperiale e nel Codice Theodosianus indicava una regola fondata sull'autorità del principe e sottratta alla critica dei giurisperiti. Kant la usa in modo equivalente a legge come criterio di giudizio e di critica e, solo successivamente, in essa si vedrà un imperativo astratto avente per oggetto comportamenti umani e la parola norma verrà usata in modo equivalente a diritto.

⁵¹⁰ Una parentela semantica, sebbene non etimologica in senso stretto, si riscontra fra la parola di origine latina norma e la parola greca νόμος, che designa non soltanto la legge o l'uso, ma anche - corrispondendo al verbo νέμω, 'ripartire regolarmente' - la 'retta distribuzione' secondo una predeterminata misura distributiva. In effetti le due parole, latina e greca, con i relativi derivati, sono penetrate con significati pressoché simili nel vocabolario tecnico delle scienze umane, in particolare giuridiche, proprio delle lingue moderne.

⁵¹¹ POCAR, V., *Norme giuridiche e norme sociali: lezioni di sociologia del diritto*, Milano, Unicopli, 1988.

⁵¹² BICCHIERI, C., *The grammar of society: the nature and dynamics of social norms*, New York, Cambridge University Press, 2006.

⁵¹³ CLERICO, G., *Interazione umana, scelte comportamentali e cooperazione. Il ruolo della legge e delle norme sociali*, in *Economia pubblica*, Fascicolo 35, n. 6, 2005, 25-47.

Le norme sociali presentano, a differenza delle norme giuridiche, un'origine sociale, ovvero identificano modi di porsi davanti alla realtà quotidiana.

Secondo un sociologo del diritto, Pocar, le norme sociali e giuridiche mostrano la loro principale differenza nella distinzione tra prescrizione e comportamento effettivo. Infatti, vi è prescrizione quando la norma impone un obbligo o un divieto, mentre una condotta effettiva è quella che viene effettivamente e concretamente messa in atto. Tale distinzione è stringente nelle norme giuridiche, assolutamente formale in quelle sociali, ove se una norma non viene rispettata, la prescrittività in essa insita continua a persistere; diversamente, se una norma sociale non viene rispettata, la sua capacità di essere osservata, si esaurisce.

Appurato che le norme soft sono norme giuridiche e non norme sociali, dobbiamo domandarci quanto nelle norme soft siano riconoscibili i caratteri delle norme giuridiche e se sono prossime a qualche loro tipologia come ad es. le norme tecniche.

Le norme giuridiche sono caratterizzate dal requisito dell'obbligatorietà per tutti i consociati. Sono norme vincolanti,⁵¹⁴ ovvero hanno la capacità di creare un vincolo irretrattabile nei confronti dei consociati vincolati al loro rispetto. Sono poi coercibili, a differenza delle norme etiche o sociali, nel senso che contengono meccanismi atti ad imporre con la loro osservanza con la forza sia per impedire la loro trasgressione, sia di reagire all'illecito che consegue alla loro inosservanza. Dalla coercibilità deriva l'imperatività che implica che le norme si configurano comandi o precetti rivolte ai destinatari dei corpi sociali.

Esse possono, cioè, esser fatte rispettare attraverso l'intervento dell'Autorità Giudiziaria ed infine le norme giuridiche presentano una vera e propria forza cogente. Al carattere della vincolatività è comunemente associato, per certi tipi di norme giuridiche, quello della sanzionabilità. Vi sono cioè norme la cui osservanza è rinforzata dalla presenza di una sanzione collegata funzionalmente al comportamento che la norma impone, ammette o vieta.

Ora, dobbiamo chiederci se le norme di soft law presentino tutti questi caratteri o meno.

Se è vero che esse si fondano sull'ottemperanza volontaria del comportamento, ovvero sulla loro capacità persuasiva, si potrebbe pensare che non possano appartenere alla categoria delle norme giuridiche, essendoci l'assenza di una reale coercibilità, obbligatorietà e vincolatività che invece caratterizzano le norme giuridiche vere e proprie.

Infatti, atti di diritto attenuato, come ad es. le linee guida, pongono questo problema, dato che esse si pongono come vere e proprie norme giuridiche sebbene manchino i caratteri in precedenza richiamati: non vi è vincolatività né una vera e propria coercibilità laddove il mancato rispetto delle

⁵¹⁴ Il concetto di vincolatività trova il proprio contesto originario nel diritto civile, ove si attribuiva all'accordo tra le parti la capacità di creare un vincolo irretrattabile tra due persone "*che si fanno legge delle parole scambiate*". DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturelle*, Paris, 1723, I, 1, 23 ss.

stesse, almeno fino ad oggi, non produce alcuna sanzione; inoltre non sono obbligatorie nei confronti dei consociati, limitandosi a “guidare” e quindi raccomandare e consigliare di utilizzare determinate accortezze nel porre in essere una determinata condotta. Tuttavia, nella concreta approvazione delle linee guida ai diversi livelli in cui esse si stanno magmaticamente espandendo, ovvero al di fuori degli incerti confini delle Autorità Amministrative indipendenti, esse stanno assumendo sempre più una vera e propria capacità precettiva.

L'esempio delle linee guida porta a ritenere che le norme di diritto attenuato siano una particolare tipologia di norme giuridiche non “*legally binding and may have practical effects*”, dotate dell'attitudine a produrre regole e disposizioni morbide non aventi i caratteri tipici delle norme giuridiche. Secondo le riflessioni suesposte, sicuramente le norme di diritto attenuato non sono norme sociali, ma giuridiche. Dopo aver ricostruito il confine con le norme sociali, dobbiamo analizzare quello con le norme tecniche.

Le riflessioni da fare sul rapporto tra soft law e norme tecniche (e poi quelle che si faranno nella seconda parte tra linee guida e norme tecniche), si poggiano su una doverosa premessa.

Entro la generica qualificazione di normazione tecnica vengono ricomprese indistintamente norme di vario rango, prodotte da diversi organi, statali o regionali, o da istituzioni esterne all'ordinamento, partendo dalle norme poste in essere per mezzo di decreti delegati, fino al variegato arcipelago di linee guida, standard e norme tecniche volontarie, rispetto a cui si pongono alcune riflessioni problematiche.

All'interno della categoria delle norme tecniche⁵¹⁵, si collocano anche alcune disposizioni di natura pubblicistica, sia regolamentari sia legislative, che si riferiscono, mediante codici professionali o buone prassi, a specifiche tecniche la cui osservanza è collegata ad una presunzione di conformità alle prescrizioni fissate all'interno delle suddette disposizioni.

Nel lessico legislativo appaiono infatti convivere una prima declinazione di “tecnico”, ascrivibile alla sfera dei saperi scientifici e tecnici in senso stretto, e altre due più generiche accezioni, comunque collegate fra loro: una per così dire “oggettiva”, che concerne aspetti di dettaglio di determinate discipline, l'altra “soggettiva”, in quanto riferita a competenze specialistiche o settoriali. All'interno delle varie categorie, si inseriscono anche disposizioni con carattere cogente (regole tecniche) e disposizioni di carattere non obbligatorio (norme tecniche, codici professionali, buone prassi) a cui possono essere riconosciuti effetti giuridici, il che porta a concludere che non è

⁵¹⁵ Sulle difficoltà a livello definitorio, MORONI S., *Regole tecnomiche*, in COMANDUCCI P. E GUASTINI R. (a cura di) *Analisi e diritto, ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1998, 169, che individua, fra letteratura giuridica e testi normativi, nove accezioni dell'espressione regola o norma tecnica (regole tecnomiche, regole tecnologiche, regole anankastico-costitutive, regole tecnoteliche, regole tecnoforiche, raccomandazioni tecniche, regole teleonomiche, regole tecniche d'attuazione e regole tecnotattiche). Sul punto anche MICHALSKA A., *Il carattere giuridico delle norme tecniche*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1969, 46, 324 e ss.

possibile individuare una categoria unitaria e specifica delle norme tecniche. Inoltre, la locuzione norma tecnica, si presenta come una fra le molteplici denominazioni che queste possono assumere. Essa viene innanzitutto considerata equivalente, all'espressione "regole tecniche"⁵¹⁶, ma anche alle varianti di "normativa tecnica" e "regolamentazione tecnica", cui vanno aggiunte quelle che, seppure implicitamente, possono essere considerate indicative di contenuto tecnico, quali "buone pratiche" "criteri" e "standard".

In merito al rapporto tra norme soft e norme tecniche⁵¹⁷, va premesso che il primo ad occuparsi di norme tecniche (in relazione ad altre norme), fu Ravà, che, nello scritto *il diritto come tecnica*⁵¹⁸, partendo dalla differenza tra leggi della condotta umana e leggi di natura, indaga la natura del diritto ed al contempo pone in luce i caratteri delle norme tecniche. Infatti, nell'ambito delle regole di condotta, alcune prescrivono cosa fare se ci si prefigge un certo fine, altre, prescrivono di tenere una certa condotta perché "buona in sè stessa". Inoltre, le prime indicherebbero i mezzi più adeguati per raggiungere il fine e si definirebbero quali comandi condizionati di imperativi ipotetici. Si tratta di norme tecniche perché di esse hanno lo schema logico-formale, ovvero sono regole che esprimono una necessità di agire relativa ad un fine⁵¹⁹.

Anche se sembra ormai pacifico parlare di norme tecniche come norme giuridiche, corrispondenti a queste "in quanto soggette ad una valutazione giuridica e dipendenti, secondo il risultato che realizzano, dall'interesse che le genera e le usa"⁵²⁰, tuttavia assai meno pacifico risulta stabilire non solo in che cosa consista la tecnicità di tali norme ed anche se, e in che termini, sia possibile qualificarle alla stregua di vere e proprie norme giuridiche. In primo luogo, le norme tecniche risultano accomunate alle norme giuridiche poiché entrambe contengono una prescrizione e sono un mezzo volto al raggiungimento di un fine.

La violazione di una norma tecnica importa una sanzione c.d. naturale, che consiste nel non raggiungimento dello scopo prefissosi. Da tale riflessione, sembra evidente la prossimità delle norme tecniche a quelle di diritto attenuato.

La dottrina successiva affrontò il problema del rapporto tra norme giuridiche e norme tecniche da un'altra prospettiva, ovvero sia quella dell'attività vincolata e discrezionale della pubblica

⁵¹⁶ GIGANTE M., *Norma tecnica*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 3807 e VIDETTA C., *L'amministrazione della tecnica, fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2008, 107.

⁵¹⁷ SALMONI F., *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001. Sull'uso promiscuo delle espressioni norme tecniche e regole tecniche, possiamo dire che fra le cause di tale sovrapposizione può anche essere annoverata la confusione dovuta al capovolgimento dell'ordinaria accezione dei due termini, ossia tra uso comune del termine norma, ad indicare atti connotati da giuridicità, e uso concordato nell'ambito delle politiche comunitarie di normalizzazione, in cui, come si vedrà, esso indica le disposizioni non vincolanti poste in essere dagli enti (privati) di normalizzazione.

⁵¹⁸ RAVÀ A., *Il diritto come tecnica*, in *Revue de Métaphysique et de Morale* 1912.

⁵¹⁹ BRUNETTI G., *Norme e regole finali*, 85; IRTI N., *Norme e fatti*, Saggi di teoria generale del diritto, Milano, Giuffrè, 1984, 112.

⁵²⁰ Gbelarducci M., *Suggerimenti e contributi dell'ordinamento internazionale alla nascita ed alla elaborazione della categoria delle "norme tecniche"*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, fasc. 151-152, 2006, 40.

amministrazione, distinguendo la discrezionalità tecnica da quella pura⁵²¹. Successivamente, con la produzione normativa sempre più tecnica, la dottrina spostò nuovamente l'attenzione sulla natura delle norme tecniche essendo necessario comprenderla per spiegare la loro massiccia applicazione. Rispetto alla nostra indagine però ciò che interessa è capire la natura delle norme tecniche in relazione, alle norme giuridiche. Secondo alcuni interpreti, la circostanza che le norme tecniche siano contenute in atti normativi non serve a valutarne l'obbligatorietà poiché si tratta di norme giuridiche solo al livello formale, anche se l'atto in cui sono contenute è destinato a comandare qualcosa ai suoi destinatari, mancando in esso il contenuto sostanziale della norma giuridica.

Secondo questa impostazione, le norme tecniche non sono norme giuridiche perché non contengono un comando comprensibile per chi vi deve ottemperare. In tal senso viene affermato che *“non si può dire norma giuridica una norma che i destinatari del comando non hanno diritto di comprendere, ed i destinatari dell'obbligo di farlo osservare hanno il dovere di non comprendere, perché derivante dalla chimica, dalla fisica o dalla meccanica e in quanto tale fuori dalla cognizione di un cittadino e di un giudice”*⁵²².

La dottrina sente la necessità di indagare, ancora una volta la giuridicità delle norme tecniche. Ciò a causa della loro importanza strategica, ovvero la necessità, in una società industriale, di *“regolazioni vincolanti per la salute, la sicurezza dei lavoratori e dei consumatori, per la protezione dell'ambiente, per la riduzione delle diseconomie”*⁵²³. Tale dottrina, per prima, mette in luce un aspetto delle norme tecniche molto rilevante, ponendo l'accento sul concetto stesso di tecnica, come area caratterizzata da cognizioni e giudizi emessi sulla base delle scienze diverse da quelle giuridiche ed amministrative. In tal modo possono considerarsi tecniche, tanto le norme imperative quanto quelle condizionali purché dotate di un contenuto tecnico⁵²⁴. Tale contenuto tecnico può essere determinato, ad es., dalle Autorità indipendenti ed anche entità non statali, di natura privatistica, ma fornite di *munera* pubblici⁵²⁵.

Tali norme tecniche, sia per la loro diffusione in un numero sempre maggiore di settori, giuridici ed extragiuridici, diventano sempre più rilevanti e sempre più urgente capire se la loro violazione sia in qualche modo giustiziabile. Sul punto il diritto arriva a riconoscere a tali norme effetti giuridici indiretti, rilevanti nel senso che se esse si intrecciano con il diritto, la loro violazione comporta sempre qualche sanzione giuridica, salvo l'ipotesi in cui esplicano effetti solo nei confronti dei

⁵²¹ Sul punto per tutti si richiamano VIRGA P., *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica* in Jus, 1957, 95; CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità* in Dir. Proc. Amm., 1984, 463.

⁵²² DE VALLES, op.cit., 183-184.

⁵²³ PREDIERI A., *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo* in Il diritto dell'economia, 1996, 269.

⁵²⁴ Si richiama del pensiero di Predieri questa ulteriore precisazione ovvero che sono da intendersi come norme tecniche sia *“quelle norme di vario rango prodotte da istituzioni estranee all'ordinamento e da questo considerate come presupposti o, in taluni casi, recepite con diversi procedimenti e atti terminali, sia quelle norme prodotte da organi statali o da enti pubblici statali o regionali, abilitati alla produzione normativa in procedimenti con elaborazione tecnica”*. PREDIERI, op.cit., 261.

⁵²⁵ Sempre Predieri che si sofferma diffusamente sulle norme tecniche prodotte da corporazioni ed ordini professionali. PREDIERI, op.cit., 278.

diversi operatori economici e quindi alla loro violazione non potrà seguire una sanzione giuridica, ma una situazione di svantaggio per l'operatore economico che non si è conformato.

Pur avendo ricostruito l'evoluzione del rapporto tra la norma tecnica e la norma giuridica, tuttavia, intanto la dottrina ha precisato che le norme tecniche non possono integrare fonti di fatto⁵²⁶ ed inoltre permane la differenza tra la norma tecnica⁵²⁷ e la norma giuridica poiché, mentre la prima “sotto l'apparenza di una prescrizione, descrive il rapporto tra un certo comportamento e la sua necessaria conseguenza”⁵²⁸, invece la seconda “è il senso di un atto di volontà che impone un certo comportamento”⁵²⁹.

Quindi, se non vi è prossimità con le norme giuridiche e non sono fonti, sempre più complesso è il rapporto tra norme tecniche e soft law interna. Tuttavia, l'affinità delle due tipologie di norme risiede nel fatto che entrambe non esprimono volontà prescrittiva ma enunciano l'esistenza di un rapporto tra una causa e un comportamento, in cui la norma tecnica ha la particolarità di imporre anche la direzione del comportamento in considerazione della tecnicità sottesa alla previsione ed è per questo che per molti strumenti soft si è posta in dubbio la loro riconduzione alle norme tecniche perché codici di condotta e linee guida hanno la particolarità di contenere una previsione tecnica al loro interno, con cui danno la direzione ad un comportamento che si consiglia ai consociati di tenere.

Alla luce delle riflessioni spese in tema di norme tecniche e soft law, possiamo concludere che, pur essendoci una distanza tra le norme tecniche e alcune norme soft come le linee guida, tuttavia esse sembrano interessare medesimi settori del diritto quali l'ambiente, il diritto sanitario, l'edilizia, la concorrenza, la corruzione, in cui la disciplina è, per sua natura, soggetta all'evoluzione scientifica e tecnica⁵³⁰.

4. Rilevanza giuridica, vincolatività attenuata, eterogeneità e normatività graduata: un tentativo di “tipizzare” la soft law interna

⁵²⁶ Sul punto si richiama il pensiero di Bachelet che le distingue dalle fonti fatto vere e proprie. BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967, 84.

⁵²⁷ GIGANTE M., *Alcune evoluzioni sull'evoluzione dell'uso del concetto di tecnica*, 647.

⁵²⁸ MAZZIOTTI DI CELSO M., voce *Norma giuridica*, op.cit.

⁵²⁹ MAZZIOTTI DI CELSO, op.cit., 3.

⁵³⁰ GRASSI S. E CECCHETTI M. (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2006; GRECO N., *Le norme tecniche ambientali: una sonda per il nuovo diritto*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2006, fasc. 151-152, 7-38.; CECCHETTI M. E BUFFONI L., *Le fonti nazionali*, in S. RODOTÀ E M. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di Biodiritto – Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, 785-824.

Chiarito che il diritto attenuato interno è una categoria giuridica composta da fonti di norme giuridiche, dobbiamo soffermarci sulle caratteristiche di tali fonti. È altresì necessario, porre l'attenzione sulla loro rilevanza giuridica, non vincolatività, normatività, eterogeneità ed atipicità.

Va premesso che le norme di diritto attenuato, se si sostiene che siano norme giuridiche, hanno i caratteri costitutivi della norma giuridica ovvero positività, exteriorità, generalità e astrattezza. Inoltre, una norma è giuridica se è coattiva ed è coattiva se l'ordinamento ha predisposto gli strumenti tali affinché il precetto sia eseguito o sia osservato anche contro la volontà del destinatario, eventualmente in via coercitiva. È proprio il potenziale ricorso a tali strumenti a distinguere una regola giuridica da altri tipi di comandi di natura sociale, etica, morale o religiosa. Qualora, infatti, la violazione della norma non consenta il soddisfacimento o la protezione dell'interesse che si vuole tutelare, la sanzione consentirà di ristabilire l'equilibrio assicurato dal rispetto del valore considerato meritevole di protezione da parte dell'ordinamento giuridico.

Gli effetti giuridici del diritto *soft* sono attenuati, soprattutto perché non sono accompagnati da alcun tipo di sanzione intesa nel senso classico del termine. Tuttavia non si può disconoscere che l'eventuale violazione dei precetti non produca conseguenze pratiche concrete. I destinatari della normativa attenuata sono soggetti indiscutibilmente ad una *soft obligation*, la quale può senza dubbio ingenerare sanzioni di natura economica, politica o talvolta anche amministrativa che, pur non statuite da un'autorità giurisdizionale, condizionano ed incidono su azioni e comportamenti dei destinatari.

D'altronde nel nostro ordinamento sono rinvenibili tutta una serie di regole che, pur avendo indiscutibilmente natura giuridica, non sono supportate da una specifica sanzione volta a tutelarne il rispetto e l'esecuzione. Tra queste, ad esempio, le norme istituzionali, organizzative, permissive, definitorie, programmatiche, ove la sanzione, pur non essendo presente in un unico disposto normativo, è in ogni caso presente come elemento sistemico e pertanto è ormai pacifico il coniugare un esiguo potenziale autoritativo ad un livello variabile di effettività e di rilevanza giuridica impedendo così di relegare la soft law resti ai margini del campo delle vere fonti del diritto.

Quindi, il primo aspetto da evidenziare è proprio la rilevanza giuridica degli strumenti di soft law che, in risposta alla complessità giuridica della globalizzazione, si inserisce quando il rapporto tra diritto e legislazione si allenta e quindi consente a tale fonte di imporre la sua giuridicità a vari livelli. Le norme di soft law quindi sono rilevanti giuridicamente: la spontanea osservanza da parte dei destinatari le rende *ex sé* rilevanti. Tuttavia non sempre tale rilevanza è evidente, soprattutto se si abbraccia la posizione di chi sostiene che essa debba emergere *ex ante*, dalla norma soft in sé e non solo dal concreto rispetto da parte dei destinatari. Si richiamano ad esempio le linee guida in cui vengono usate espressioni come “*tenere conto nella misura del possibile*” “*realizzare gradualmente un certo*

obiettivo”: in tali casi è l’interprete che deve valutare se qualcosa di giuridicamente rilevante si può tirare fuori da tali impegni.

Alla tesi di chi sostiene che la mancanza di obbligatorietà e di sanzione, in ipotesi di suo mancato rispetto, non le rende rilevanti nel mondo giuridico, si oppone la posizione di coloro che invece esaltano il c.d. effetto inerzia della soft law: pur non essendo realmente obbligatoria, tuttavia esiste e quindi ne è riconosciuta una giuridicità.

Il fatto che la norma esista implica che, seppur il suo mancato rispetto non produca una vera e propria sanzione, tuttavia può dar luogo a procedure che accertano la sua violazione, imponendo così, anche indirettamente, di tenerla in considerazione, ad es. come norma *interposta*⁵³¹.

Secondo una parte degli interpreti, tuttavia, è proprio la mancanza di “*reazione al mancato adempimento della norma*” che ne costituisce il carattere differenziale. Ciò può essere condivisibile in base all’assunto che la sanzione possa essere intesa quale meccanismo di controllo sociale, anche non direttamente punitivo, mediante cui si ripristina l’equilibrio di un determinato sistema nel momento in cui esso risulti minacciato⁵³².

Correlativamente, si potrebbe abbracciare la teoria di Santi Romano il quale afferma che una legge contenga sempre dei comandi “*sia che si creda che essa formuli giudizi ipotetici o canoni di valutazione e che costituisca una dichiarazione di volontà a prescindere da ogni possibile contenuto: programmi, promesse, minacce, sanzioni, consigli, ammonimenti*”⁵³³ e ciò confermerebbe che, avendo la soft law natura di fonte, essa contenga un comando, sebbene non direttamente ed intrinsecamente obbligatorio.

L’obbligatorietà potrebbe anche derivare indirettamente come una sorta di coercizione latente, anche solo morale, ma idonea ad indurre il destinatario a rispettare la norma soft.

In merito alla mancanza di una vera sanzione nelle norme soft, alcuni interpreti ritengono che la sanzione non debba necessariamente essere collegata al grado di obbligatorietà e quindi potrebbe essere anche una sanzione indiretta o incompleta perché la norma deve avere un “*pur minimo e rarefatto valore vincolante*”⁵³⁴ perché altrimenti non si distinguerebbe più con le altre influenze che si inseriscono nei processi giuridici.

Inoltre, pur mancando la sanzione, tali norme, pur avendo un rarefatto valore vincolante, sono tali da attivare il meccanismo del controllo giurisdizionale (altrimenti si perderebbe la funzione del diritto), ovvero risolvere le controversie. Infatti, in tema di linee guida, come si vedrà, il controllo

⁵³¹ Si richiamano ad es. alcune raccomandazioni e linee guida come viene precisato anche dalla Corte di Giustizia, ad es. nella sentenza Grimaldi già citata nel capitolo su soft law e diritto europeo.

⁵³² GAVAZZI G., *Sanzione*, I) Teoria generale, voce in Enc. Giur., vol. XXVIII, Roma, 1992, 2.

⁵³³ ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, 147.

⁵³⁴ MAZZAMUTO M., *L’atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, in *Le fonti del diritto amministrativo*, Convegno AIPDA, 2015.

giurisdizionale viene realizzato tanto da elevarle da una condizione primitiva di categoria extragiuridica a fonte vera e propria, sebbene fonte soft.

Tuttavia se si dovesse concludere per la necessaria esistenza, in una norma soft, di sanzione o di obbligatorietà, meglio l'assenza di obbligazione che di sanzione, poiché ritenere che tutte le norme in cui al mancato rispetto non corrisponde una sanzione penale né amministrativa, facciano parte della soft law, allargherebbe troppo le maglie di tale categoria e quindi per la sopravvivenza della categoria stessa è preferibile che ci sia una sanzione, sebbene attenuata od indiretta o prescritta avverso un comando soft, piuttosto che ci sia invece l'obbligatorietà.

La rilevanza giuridica della soft law si ravvisa, pertanto, nella sua capacità di arrivare ad un risultato pratico senza seguire i percorsi istituzionali⁵³⁵.

Infatti, alcuni interpreti, ritengono che tali norme realizzino solo effetti pratici⁵³⁶, che, al di là della sanzione⁵³⁷, si raggiungono mediante la spontanea adesione.

Dobbiamo domandarci però se gli effetti pratici (essi stessi) sono anche giuridici. Una parte della dottrina, Morbidelli, ritiene che la risposta non possa essere univoca, essendo variegata le manifestazioni di soft law, (linee guida, circolari, indicazioni, orientamenti ect). Tuttavia si può dire che rispetto agli atti che forniscono indicazioni operative o interpretative ed in particolare regole di comportamento, il loro effetto pratico iniziale, mediante la rilevanza giuridica, diventa effetto giuridico vero e proprio poiché la loro inosservanza costituisce un elemento rivelatore di negligenza.

Rispetto agli effetti che derivano dalla rilevanza giuridica del diritto attenuato, altra dottrina, distingue tra effetti propriamente giuridici, in particolare gli effetti regolatori, ed effetti politici o sociali.

In merito agli effetti giuridici, il primo è il c.d. effetto di liceità per il quale una condotta del soggetto regolato, conforme alle previsioni dell'atto soft, va considerata legittima, se il soggetto ha adempiuto in buona fede alle norme, ovvero nel rispetto di due principi, la tutela dell'affidamento e la buona fede⁵³⁸.

Gli effetti sociali si fonderebbero, invece, sulla spontanea adesione e, pur essendo effetti sociali e non effetti giuridici, tuttavia, vanno intesi come giuridici sotto il profilo della loro rilevanza⁵³⁹,

⁵³⁵ E senza assumere "quelle sembianze formali che tradizionalmente conferivano al vecchio diritto legislativo il requisito che Kelsen definiva della validità". FERRARESE M.R., *Soft law: funzioni e definizioni* in Somma (a cura di), op.cit., 71.

⁵³⁶ Ferrarese riferisce anche di effetti "orientativi". FERRARESE, op.cit., 79.

⁵³⁷ Kelsen, diversamente, riteneva che le sanzioni integrassero "strumenti necessari per riscuotere l'obbedienza da parte dei destinatari delle norme".

⁵³⁸ sul rispetto dei due principi vedi l'articolata trattazione di MOSTACCI, op.cit., 42.

⁵³⁹ Secondo Mostacci, tale rilevanza giuridica può essere ricostruita con una prospettiva interna ovvero intesa come predisposizione psichica dei consociati ad osservare una certa disposizione, in quanto giuridica. Tale predisposizione è dovuta al riconoscimento di una norma quale regola di convivenza o ad un'aspettativa generalizzata su un certo comportamento e alla sua doverosità. L'aspetto esterno, invece, indica la regolare osservanza da parte dei soggetti

mentre quelli politici ingenerano “*un circolo in cui le diverse norme così poste, dopo un certo periodo di applicazione, vengono inserite in normali atti di hard law*”⁵⁴⁰.

Ancora, anche se è vero che la soft law è data da regole di condotta, altra dottrina distingue gli effetti tra effetti giuridici *stricto sensu* oppure effetti pratici o effetti de facto: la natura di tali effetti dipende dal fatto che i diritti e gli obblighi che derivano dagli atti siano accompagnati da un obbligo o da una sanzione. Se manca tale obbligo o sanzione, i soggetti si conformano sulla base di un atto volontario, allora è evidente che si producono solo effetti de facto, a livello pratico “con intensità e gradi di normatività variabili”⁵⁴¹

In merito al secondo aspetto, ovvero la carenza di vincolatività⁵⁴² l’approccio al problema deve tener conto di due necessarie premesse.

La prima è che vincolatività e prescrittività sono connotati tipici del diritto e quindi ritenere che gli atti di soft law ne siano sprovvisti, significa reputarli ai margini del campo delle fonti⁵⁴³, perché se ne valorizzerebbe solo la natura di regola elastica, la cui ottemperanza ha carattere volontario e che insiste sulla persuasione e non sulla cogenza.

La seconda è che normatività è sinonimo di prescrittività ed il contrario di descrittività: la soft law se non fosse intesa come vincolante, si porrebbe come strumento alternativo alle fonti, addirittura fuorviante rispetto ai principi del costituzionalismo⁵⁴⁴. Ammettere che nell’ordinamento possano trovare cittadinanza strumenti soft potenzialmente idonei a contrastare il Costituzionalismo, porterebbe a mettere in discussione il loro rapporto con la Costituzione come norma sulla produzione. Infatti, gli atti soft formalmente hanno ingresso nell’ordinamento fuori dai procedimenti riconducibili alla Costituzione⁵⁴⁵.

Se la Costituzione in senso prescrittivo, costituisce una garanzia che il diritto venga prodotto da organi che possiedano legittimazione democratica (a cui è attribuita la competenza ad intervenire in un certo ambito), non è ammissibile, nello stesso ordinamento, un diritto che si impone *solo* in virtù della sua forza persuasiva⁵⁴⁶.

Quindi, alla base di tali atti, manca una vera coazione giuridica, ed anzi è richiesto un adempimento formalmente volontario da parte dei destinatari, ma il potere dei soggetti da cui l’atto proviene può

dell’ordinamento della condotta indicata dalla norma in virtù della predisposizione di un apparato sanzionatorio. Anche ALEX V.R., *Concetto e validità del diritto*, Milano, Einaudi, 1997, 12.

⁵⁴⁰ MOSTACCI, op.cit., 39.

⁵⁴¹ BUCALO, op.cit., 9 e anche ALGOSTINO op.cit., 260 e BAXTER op.cit.

⁵⁴² De Minico ritiene che quelle di soft law siano “*norme di comportamento vincolanti per tutti*”, quindi non le ritiene delle vere e proprie fonti, ma, in quanto norme di comportamento le ritiene vincolanti. DE MINICO G., *La soft law: Nostalgie ed anticipazioni*, in *Le nuove istituzioni europee, Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2008.

⁵⁴³ PASTORE B., op.cit., 123.

⁵⁴⁴ DOGLIANI M., *Validità e normatività delle Costituzioni*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2004, il quale afferma che le Costituzioni possano essere esclusivamente prescrittive e mai descrittive.

⁵⁴⁵ BIN, op.cit., 35.

⁵⁴⁶ ALGOSTINO, op.cit., 265.

coartare la scelta (se ottemperare o meno agli orientamenti espressi nell'atto soft), senza che vi siano procedure che garantiscano la certa riconduzione ad un orizzonte democratico⁵⁴⁷.

Tuttavia tali regole soft operano, seppur elastiche, laddove, sia l'autorità giudiziaria, sia gli operatori del diritto e i soggetti, pubblici e privati da cui tali atti provengono (che però sono dotati di legittimazione democratica) le trattano e poi trasformano in norme vere e proprie.

Ciò per dire che tali atti di soft law non sono privi di vincolatività in assoluto⁵⁴⁸, anche se non sono immediatamente vincolanti⁵⁴⁹, essendo dotati di una prescrittività attenuata⁵⁵⁰. Infatti, la spontanea osservanza di tale norme dai consociati conferisce loro una valenza giuridica che si spiega, "più che un consiglio, ma meno di una prescrizione". In altre parole essa è dotata di forza condizionante (o per alcuni *precettiva sui generis*).

La particolare vincolatività degli atti soft non dipende quindi da alcun comando, ma dal coordinamento e dalla continuità del processo di formazione fondato sul consenso e sui principi richiamati di buona fede ed affidamento tra i consociati. Quindi, per tali atti vale la regola secondo cui "la volontà non riesce a farsi legge, ma si ferma in una regione di normatività dimidiata"⁵⁵¹.

Il terzo aspetto riguarda la particolare normatività di cui sono dotati gli atti di diritto attenuato. Essa segna un distacco dalla classica nozione di normatività "statica" di stampo kelseniano in cui il momento normativo puro qualificava la produzione giuridica ed in esso si esauriva.

Si tratta di una particolare forma di normatività graduata⁵⁵² e non monolitica che si colloca "in un continuum configurato dalle diverse possibili relazioni riguardanti la vigenza e la validità dei materiali giuridici, la loro effettività, la valenza che questi assumono nel processo di positivizzazione, la loro cogenza e i loro indici di ottemperanza". Di tale normatività, già nel 1960, aveva già riferito Bobbio⁵⁵³ come diversa intensità con cui la norma influisce sul comportamento dei destinatari⁵⁵⁴.

⁵⁴⁷ Per tutti DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America*, libro III, parte IV, cap. VII, 740.

⁵⁴⁸ Si ritiene infatti che gli atti di soft law possano esprimere una vincolatività coerente e multidirezionale quindi flessibile. CAVINATO F., *Soft law e topografia giuridica*, 16 febbraio 2018 in *filodiritto.it*.

⁵⁴⁹ MOSTACCI, op.cit., 3 il quale però si pone in modo critico verso l'idea che possano esistere norme non immediatamente vincolanti: la vincolatività della norma e quindi il fatto che produca effetti non immediatamente vincolati implicherebbe che si tratti di un'ipotesi non necessaria, ma scrive Mostacci, opportuna e consigliata. Ciò minerebbe la giuridicità della norma soft "relegandola nel piano del potrebbe essere". Pertanto egli ritiene che sia più sensato ritenere che gli strumenti di soft law siano dotati di un'efficacia dimidiata, ovvero siano strutturalmente produttivi solo di alcuni tipi di effetti, altri restando a loro preclusi. Ferrarese le definisce ancora diversamente come "norme incomplete", Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato*, op.cit., 99.

⁵⁵⁰ "senza dubbio, la soft law, nelle sue molteplici e diversificate manifestazioni, prescrive, anche se in maniera attenuata, qualcosa. Stabilisce, insomma, un orientamento che presenta la forma del "più o meno". PASTORE, *Principio di legalità*, op. cit., 170.

⁵⁵¹ Pastore in merito alla normatività dimidiata riferisce di "una necessaria vaghezza e indeterminatezza del soft law come funzione sia delle condizioni di applicazione che del modello di condotta prescritto" PASTORE B., *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. E dir.*, 2003, 12.

⁵⁵² WEIL., op.cit., 413 e FASTENRATH, op.cit., 330 ed anche PETERS A., *Soft law as a new mode of governance* in DIEDRICHS U., REINERS W., WESSEL W., *The Dynamics of change in EU governance*, Edward Elgar Publishing; Cheltenham, 2001, 21.

⁵⁵³ BOBBIO N., *Due variazioni sul tema dell'imperativismo* in *Studio per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, 77 ed anche BOBBIO N., *Comandi e consigli*, op.cit., 376.

⁵⁵⁴ Nell'esperienza giuridica, vi sono sempre state norme dotate di un diverso livello di intensità prescrittiva. Comandi, ordini, intimazioni, precetti, pareri, raccomandazioni, distinti per un livello di obbligatorietà diversa è usuale e quindi

Già il *Conseil d'état* aveva proposto una scala graduata di normatività in cui figurano strumenti che comportano l'obbligo di giustificare la decisione da cui ci si discosti, strumenti che comportano l'obbligo di dimostrare la conformità al diritto, strumenti che impongono un obbligo di "compatibilità"⁵⁵⁵, atti e documenti che entrano nell'argomentazione dei giudici che accredita loro valore normativo⁵⁵⁶, fino a livelli di hard law ad alta vincolatività e piano piano livelli di soft law caratterizzati da flessibilità.

Si tratta di previsioni a normatività graduata ovverosia con un'efficacia ed effettività propria in attuazione di previsioni non a normatività piena⁵⁵⁷. Si tratta di gradi di normatività distinta, sia nel peso, sia nel valore⁵⁵⁸ e che si realizza come risultato di un processo informale oltre che graduale di normazione. A titolo di esempio si richiamano i principi Unidroit⁵⁵⁹ quali linee orientatrici della prassi commerciale, che sono dotati di normatività graduata in quanto idonei a diventare vincolanti, accettati dagli operatori del diritto in virtù della loro capacità persuasiva; i principi di diritto europeo dei contratti dotati di giuridicità duttile, posti a supporto di coloro che stipulano i contratti e dei giudici ed arbitri laddove sorgessero controversie contrattuali. Nel nostro ordinamento quando uno strumento soft come gli orientamenti, le linee guida, i codici di condotta ect. assume una maggior efficacia para precettiva, "viene promosso su uno scalino superiore della scala normativa graduata, quanto meno allo scalino delle fonti terziarie, al fine di soddisfare le esigenze di legalità e giustizia".⁵⁶⁰ Infatti, mediante il controllo giurisdizionale, tali atti assumono una maggior valenza giuridica (non fosse altro nei confronti dei terzi) e quindi salgono un altro gradino della scala normativa graduata⁵⁶¹, non determinando l'annullamento, in senso gerarchico, della norma posta

la differenza secondo intensità di prescrittività tra hard law e soft law non è una novità per il mondo del diritto. PASTORE B., op.cit. in SOMMA, 126.

⁵⁵⁵ Si vedano i grafici del Conseil D'Etat, 70,71 e MAZZAMUTO M., op.cit.

⁵⁵⁶ Bin ritiene che l'appartenenza della soft law alla normatività del fattuale la include tra quei fatti e documenti che "entrano nell'argomentazione dei giudici e attraverso queste sembrano accreditate di valore normativo e spingono per essere inserite nel sistema delle fonti". BIN, in *Studi in onore di Carlassare*, op.cit., 24.

⁵⁵⁷ Luther distingue coloro che ritengono la soft law non ancora diritto come BIN R., *Soft law, no law*, in SOMMA, op.cit. e coloro che invece la ritengono già diritto. PETERS, op.cit. Vedi LUTHER J., *Riconoscimento di forza normativa ad atti non prodotti da poteri-fonte (la soft law)*, in DOGLIANI M., (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, Giappichelli, 2012, 67.

⁵⁵⁸ Il peso e il valore si rimandano all'uso, all'applicabilità e all'accettazione ed ancora all'osservanza delle regole giuridiche. Sul punto si ricorda la distinzione di PECZENIK, *On law and reason*, Dordrecht- Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1989, 318, 321, tra *must-sources, should-sources e may sources of law*. Si tratta quindi di materiali normativi che l'interprete deve, dovrebbe, può fornire come ragioni authoritative a supporto di una decisione giuridica. Sui criteri vincolanti e permissivi di applicabilità, la cui differenza è graduale (o meglio sfumata) e dipendente dalle pratiche di riconoscimento e uso degli organi dell'applicazione, PINO G., *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 11, 2011, 797- 871.

⁵⁵⁹ BONELLI M.J., *I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in BONELLI F., (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano, Giuffrè, 1997, 12.

⁵⁶⁰ MAZZAMUTO, op.cit.

⁵⁶¹ al livello comparato, si richiamano, nell'ordinamento francese gli atti di soft law come avvisi, raccomandazioni, linee guida, che possono essere direttamente impugnati in ragione dell'ombra portata dal potere sanzionatorio di cui l'autorità amministrativa gode e rispetto ai quali viene valutata la reale incidenza nell'ordinamento giuridico. DOMINO X., BRETONNEAU A., *Miscellanees contentieuses: Chronique generale de jurisprudences administrative francaise*, in AJDA, 2012, 2373.

sullo scalino più alto. Immaginata come una scala da salire, la configurazione della normatività richiama alla mente l'immagine dei gradoni della piramide delle fonti e quindi sembra evocare la gerarchia. Se da un lato, come già detto, l'idea della gerarchia sullo sfondo non può venire meno⁵⁶² del tutto, perché altrimenti si metterebbero in discussione i capisaldi dell'ordinamento, le parti persistenti della struttura giuridica (legislazione relativa ai diversi livelli ordinamentali, regole procedurali ect., i principi) e in primo luogo il principio di legalità, dall'altra l'immagine della scala è rivisitata in quanto ciò che pone le fonti in una struttura a scalini è la loro intensità che permea la normatività.

Pertanto tale normatività appare sempre più distante dalla stretta coerenza impositiva e sanzionatoria e si dispone "come un tessuto a maglie larghe che si lascia penetrare ed integrare dalle opzioni dei vari soggetti giuridici"⁵⁶³, in cui la soft law non occupa lo spazio lasciato libero dall'hard law, ma cerca di istaurare con essa un rapporto sempre inquadrabile in una gerarchia⁵⁶⁴.

La normatività della soft law quindi intanto è un catalogo aperto, in quanto include normatività diverse da una legge o da un trattato internazionale, includendo tutti i casi in cui le norme non sono dotate di una piena obbligatorietà e quindi tale ordine a normatività graduata contempla al suo interno diverse articolazioni che vanno dalla hard law fino al *word of no law* che costituisce il confine. Ciò in quanto il diritto da sempre è caratterizzato da varie tipologie di regole distinguibili secondo il diverso grado di intensità prescrittiva⁵⁶⁵. Infatti, comandi, divieti, intimazioni, direttive, istruzioni, consigli, pareri, raccomandazioni, inviti, proposte popolano il mondo del diritto graduando la vincolatività che distingue hard e soft law.

Sembra infatti possibile ritenere che la normatività graduata possa essere agevolmente spiegata anche richiamando la distinzione di Wiler e Cassese, tra hard law e word of no law: infatti, da una parte si pone l'hard law composto di norme vincolanti che richiedono l'esplicito divieto di una condotta o l'esplicita autorizzazione ad un certo *facere*, obbligando i soggetti altrettanto interessati da tali regole a tollerare quel comportamento o quella condotta autorizzata; dall'altra c'è il *word of no law* ed a metà tra i due si pone quella che definiscono "a transition zone" in cui hard law e *no word law* si mescolano in "very variable proportions"⁵⁶⁶.

⁵⁶² Sulla persistenza di nodi e noccioli duri quali elementi di rigidità sintomo di normatività forte che implica la permanenza di un diritto strutturato e sistematico, accanto al diritto solubile e duttile, LOSANO, op.cit., 425.

⁵⁶³ FERRARESE M.R., *Il diritto al presente*, Bologna, Il Mulino, 2002, 199.

⁵⁶⁴ Come rilevava Pizzorusso in merito alle norme *extra ordinem* in rapporto con la *hard law* "si pongono in alternativa alle fonti legali e prevalgono o meno su di esse a seconda della pressione che i fattori di carattere extragiuridico concretamente sviluppano". PIZZORUSSO, op.cit., 543.

⁵⁶⁵ Di intensità prescrittiva riferisce Bobbio in BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, 227,230.

⁵⁶⁶ WILER J., CASSESE S., *Change and stability in international law making*, 1988, 66-101.

Quarto carattere delle norme di diritto attenuato, è quello dell'eterogeneità. Essa,⁵⁶⁷ si può riferire tanto al soggetto emanante l'atto quanto alla natura dei singoli atti, al tipo e alla procedura, all'efficacia, oltre che alle funzioni, poiché essa contiene “*un'infinità di forme difficilmente tutte identificabili in base ad un comune criterio*”⁵⁶⁸.

In merito alla procedura, ovvero l'iter di adozione degli atti soft, esso è sicuramente eterogeneo ed inoltre spesso caratterizzato dall'intervento dei soggetti regolati che partecipano del processo di normazione⁵⁶⁹. Sul questo aspetto si rimanda al capitolo successivo in cui verranno approfonditi i rapporti tra soft regulation e soft regulation.

Per dare un'idea dell'eterogeneità di tali norme, richiamiamo quattro diverse categorie. In primo luogo vi sono le norme di riconoscimento, tramite cui la norma leggera è inserita all'interno del sistema delle fonti nazionali. In secondo luogo si ha l'integrità dell'atto *soft* che interviene a specificare alcune norme immediatamente vincolanti che sono caratterizzate da formulazione ampia o in termini di principi. Il terzo genere di relazioni ha carattere complesso che si realizza nel momento in cui lo strumento soft ha un rapporto diretto con norme hard che pongono situazioni giuridiche in capo agli stessi destinatari dell'atto. Detta funzione ha carattere alternativo rispetto alla normale regolazione di stampo autoritativo: invero, lo strumento morbido si sostituisce alla legislazione hard, la quale può veicolare quelle disposizioni necessarie a garantire un certo controllo sociale in ordine al rispetto di norme leggere o a riconoscerne in via successiva gli effetti. L'ultimo riguarda la c.d. comparazione, in cui la norma *soft* da un lato orienta le scelte dei consociati, indirizzandole verso quelle ritenute migliori, dall'altro permette una valutazione dell'operato di questi soggetti da parte dei consociati.

L'eterogeneità concerne anche le numerose funzioni del diritto attenuato⁵⁷⁰: innanzitutto esso svolge diverse funzioni nei confronti della legge: la prima, c.d. funzione preliminare che accompagna la nascita di norme giuridiche da fatti sociali da uno stadio primordiale di sviluppo per il quale passa, a partire dalla consuetudine, ogni diritto non autoritativo⁵⁷¹. Si tratta quindi di atti preparatori rispetto a successivi atti vincolanti.

⁵⁶⁷ Sul rapporto tra softness ed eterogeneità, si rimanda alle riflessioni di Pastore che ritiene come sia già la stessa softness, ancor prima degli atti di soft law, ad essere eterogenea: essa infatti si riferisce sia ai modi di produzione, con normative ottenute mediante modalità non ufficiali e più snelle di quelle formali, sia ai contenuti che avendo a che fare con modelli regolativi flessibili (utilizzo di clausole generali e standard, fissazione di obiettivi generali), sono sempre rivedibili in una modalità aperta e comunicativa. PASTORE, *Principio di legalità*, op.cit., 169.

⁵⁶⁸ FERRARESE, op.cit., 72.

⁵⁶⁹ “*soft law refers to regimes that rely primarily on the participation and resources of nongovernmental actors in construction operation and implementation of a governance arrangement*”, KIRTON J.J., TREBILCOCK M.J., *Introduction: Hard Choices and Soft Law, Voluntary standards in global trade, environmental and social governance*, Aldershot, 2004, 8.

⁵⁷⁰ Che secondo Ferrarese “possono di volta in volta coesistere le une con le altre, o alcune prevalere rispetto alle altre, e che tendono anche ad affiancarsi, mescolarsi, sovrapporsi. FERRARESE, op.cit., 80.

⁵⁷¹ CANTARELLA E., *Tra diritto e prediritto*, in DHA, 1987, p. 149 ss.

La seconda è una funzione suppletiva o interpretativa che abbraccia clausole generali, appelli al buon costume e codici dell'etica professionale nonché altri casi di rinvio (law-plus) la cui importanza si riassume nel brocardo «*quid leges sine moribus*»; la terza funzione è quella alternativa o sostitutiva (para-law) che permette di aggirare eventuali vizi di competenza, proponendo ai destinatari di adottare un progetto volontariamente in via di autoregolazione.

Ancora, vi sono le funzioni di informazione e comunicazione, ad esempio quando si promuove la partecipazione e l'informazione al suo iter di formazione o alla sua stessa evoluzione. La comunicazione può essere volta a promuovere la trasparenza dell'iter istituzionale, incentivare la partecipazione dei cittadini. Comunicazione ed informazione spesso si accavallano ad es. nei green papers o white papers emanati dalla Commissione che si rivolgono a diversi uditori esterni e al contempo promuovono un'informazione interna.

Vi è poi la funzione di socializzazione, volto a far sì che nella collettività vengano interiorizzati valori e standard di comportamento; una funzione di carattere più spiccatamente ideologico ovvero divenendo una “*soft ideology*” o “*soft rhetoric*”⁵⁷² ed infine una funzione di orientamento nel processo di interpretazione delle regole.

La funzione principale, tuttavia, rimane quella di partecipare alla formazione di norme generali, svolgendo sovente una funzione *ancillare* al diritto tradizionale, con l'elaborazione di standard uniformi e linee guida in cui il diritto attenuato si pone, tanto in un rapporto funzionale (integrativo) con l'hard law, quanto di trasformazione in hard law, oltre ad esercitare la funzione di regolazione di cui ci apprestiamo a trattare.

⁵⁷² MATTEI U., *The European Codification process*, the Hague, 2003.

CAPITOLO II

IL DIRITTO ATTENUATO INTERNO NEL “SISTEMA” DELLE FONTI E NEL “DIALOGO” CON LE ALTRE FONTI

1. La soft law interna come fonte del contesto regolatorio.

Il tratto distintivo principale del diritto attenuato interno è quello di essersi diffuso principalmente nel contesto della regolazione, fino a divernire una vera e propria fonte di regolazione.

A seguito del c.d. processo informale di normazione, che è “*in grado di recepire il contributo dei vari soggetti che popolano la scena globale e le molteplici forme di presenza giuridica che manifestano, rispondendo dinamicamente agli sviluppi che incessantemente si producono*”⁵⁷³, si può abbracciare la posizione di chi rintraccia, nella regolazione, il terreno più fertile in cui gli atti di soft law si sono diffusi.

Per regolazione può intendersi “*ogni specie di ingerenza pubblica nell’economia, come la pianificazione, le sovvenzioni, la concertazione, la disciplina sanitaria*”⁵⁷⁴ ed ancora, come definito dall’Ocse, come “*the diverse set of instruments by which governments set requirements in enterprise and citizens*”⁵⁷⁵.

Nel nostro ordinamento il termine regulation si traduce con regolamentazione o regolazione. Nello *standing rule* inglese del 1715 per regulation si intende “*una regola stabilita per la gestione di una determinata materia o per regolare un comportamento*”; nella cultura statunitense invece regulation sta per “*regola*”, “*ordine*” stabilito da un’ autorità superiore o competente e riguardante un’ azione rientrante nel suo potere di controllo⁵⁷⁶. Nel Regno Unito vi sono le Autorità regolatrici che sono state incaricate, fin dagli anni ’90, di gestire la transizione di alcuni monopoli pubblici verso le privatizzazioni.

In generale tutte le esperienze di regolazione richiamate contengono atti di soft law, ovvero dichiarazioni con intento normativo tutte prive di efficacia vincolante⁵⁷⁷, volte ad influenzare la condotta dei destinatari, adottate di regola da organizzazioni internazionali o da pubbliche amministrazioni.

⁵⁷³ PASTORE, op.cit., 6.

⁵⁷⁴ CASSESE S., *Regolazione e concorrenza*, in TESAURO G., D’ALBERTI M., *Regolazione e concorrenza*, 2000, Bologna, Il Mulino, 12.

⁵⁷⁵ OCSE, *Report on regulatory reform*, Parigi, 1997.

⁵⁷⁶ *State v. Miller* 33 N.M. 116, 263, 510-513.

⁵⁷⁷ Per una completa analisi della regolazione e sulle caratteristiche delle esperienze di regolazione europea, statunitense, inglese e soprattutto di quella italiana, si veda la trattazione in Studi parlamentari e di politica costituzionale 1/2, 2004, GRECO N., *Coesistenza, articolazione ed ambiguità della regolazione*.

Inizialmente tali regole venivano concepite come non vincolanti, nella convinzione che il comando potesse essere sostituito dalla moral suasion. Successivamente, tali regole hanno avuto riconosciuta un'efficacia più o meno intensamente vincolante, tanto che, secondo alcuni, tali regole hanno iniziato a costituire hard law rispetto agli effetti, ma no law dal punto di vista del loro statuto, ovvero esse si fondano su un potere normativo che si auto-definisce “diverso” (soft), per sottrarsi “ai più impegnativi requisiti che l'ordinamento impone agli atti fonte, pur aspirando alla medesima efficacia del diritto da quelli prodotto”.⁵⁷⁸

Non essendo questa la sede per ricostruire la regolazione in generale e le diverse tipologie di regolazione⁵⁷⁹, ci limiteremo a spendere qualche riflessione sul modello più noto per lo svolgimento della funzione regolatoria, ovvero la regulation by independent Authorities⁵⁸⁰ in quanto sono i loro atti soft che vanno a costituire la soft regulation che qui interessa. Si tratta di una forma di regolazione che si realizza nei settori di cui le Autorità indipendenti sono custodi (energia, concorrenza, comunicazioni, mercati finanziari).

Per soft regulation si intende la soft law “propria di ambiti caratterizzati dalla presenza di autorità di regolazione”⁵⁸¹ in cui è valorizzato il ruolo partecipativo per i destinatari delle norme soft la cui osservanza è garantita non da una cogenza di tipo tradizionale, ma da una capacità persuasiva che conduce alla spontanea ottemperanza⁵⁸².

La soft regulation⁵⁸³ si riferisce ad un modello teorico nato nel diritto internazionale per differenziare gli atti, pur dotati di effetti giuridici ma incapaci di generare veri e propri obblighi, dai provvedimenti o accordi dotati di efficacia vincolante diretta e contenuti precettivi. In quella

⁵⁷⁸ MANETTI, op.cit., 66.

⁵⁷⁹ Economic regulation, administrative regulation, social regulation. Per un approfondimento su questa classificazione, RANGONE N., voce *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di) CASSESE S., Milano, Giuffrè, 2006.

⁵⁸⁰ LA SPINA A., MAJONE G., *Lo stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, 23 e ss.

⁵⁸¹ RAMAJOLI M., *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *La rivista della regolazione e dei mercati*, 2/2016.

⁵⁸² TONOLETTI B., *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *La rivista della regolazione e dei mercati*, 1/2014, 5.

⁵⁸³ In tema di soft regulation, la dottrina si è soffermata sulle sue differenze dal nudge. Si può dire che presentano una radice comune, che consiste “nella lontananza dai criteri formali di legittimazione del diritto, basati sul carattere tipico e verticale delle fonti”, ma hanno anche elementi rispettivamente peculiari. Infatti, mentre la soft regulation si riferisce ad un modello teorico nato nel diritto internazionale per differenziare gli atti, (pur dotati di effetti giuridici ma incapaci di generare veri e propri obblighi), dai provvedimenti o accordi dotati di efficacia vincolante e contenuti precettivi. Invece il nudge guarda all'esito della regolazione, in una logica “effettuale”, orientata a rendere gli atti regolatori il più possibile capaci di produrre un fenomeno di conformazione spontanea agli obiettivi che la regolazione si pone. L'intenzione della regolazione, dunque, seguendo l'impostazione propria del nudge, è soft, poiché volta ad ottenere la conformazione agli obiettivi che il regolatore deve attuare. Tuttavia, il linguaggio impiegato, non è soft poiché si mettono in atto strategie diverse da quelle della coercizione diretta ed imperativa. Secondo gli interpreti, Valaguzza, “l'espressione nudge – spesso tradotta per assonanza di significato con il termine “pungolare” (o con una traduzione ad sensum: spinta gentile) – riunisce le teorie che si basano sulla convinzione che sia opportuno e necessario guidare le scelte della comunità amministrata o dei soggetti regolati, non aderendo invece all'approccio liberista di Milton Friedam o di John Stuart Mill, che minimizzano l'incidenza del Governo sulle decisioni individuali. La regolazione gentile sfrutta diverse tecniche per condizionare al meglio (secondo le scelte o, meglio, gli obiettivi, del regolatore) le decisioni dei destinatari, non intendendo lasciarli liberi di autodeterminarsi. È soft, dunque, la tecnica, non l'intenzione del regolatore”. VALAGUZZA *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 1/2017.

dimensione, l'aggettivo *soft*, che si affianca al termine *regulation*, qualifica talune disposizioni che si impongono solo ed esclusivamente con il consenso del destinatario, per effetto di innovative e sperimentali tipologie di regolazione, spesso provenienti da soggetti non inseriti nel circuito democratico-parlamentare, ma espressione di poteri riconosciuti come tali nella dinamica delle relazioni giuridiche nella società (ad esempio, ai codici di comportamento che determinate associazioni propongono ai propri associati).

Tuttavia dobbiamo ricordare che non è unanime l'idea che gli atti di diritto attenuato interno abbiano vissuto un processo di c.d. osmosi con la regolazione, tanto da divenire atti di soft regulation. Secondo alcuni, la soft regulation, a differenza della soft law, è una regolazione flessibile in cui le norme sono meno dettagliate, più aperte e ricche di clausole solo generali e la cui applicazione viene affidata ad appositi organismi regolativi specializzati inclini a tenere in conto le caratteristiche dei destinatari della regolazione, per evitare l'imposizione di comportamenti irragionevoli⁵⁸⁴.

Secondo un'altra parte degli interpreti invece la soft law e la soft regulation non riguarderebbero fenomeni strutturalmente e funzionalmente diversi, dato che tra le due intercorre un rapporto di genere a specie in cui la soft regulation è data da atti di soft law emanati in ambiti caratterizzati dalla presenza delle Autorità di regolazione⁵⁸⁵.

Per completezza dobbiamo ricordare anche che all'interno della soft regulation vi è la c.d. *self regulation*⁵⁸⁶, che si distingue dalla c.d. *tough regulation*, che espande la copertura regolativa aumentandone severità, intrusività, dettaglio ed anche inclusività e generalità e dalla *co-regulation*, ovvero la regolamentazione promossa, orientata e guidata da una terza parte (anche un'Autorità indipendente) dotata di poteri di controllo e anche sanzionatori.

⁵⁸⁴ GRECO G., *Consistenza, articolazione ed ambiguità della regolazione*, in Studi Parlamentari e di politica costituzionale, 2004, 15.

⁵⁸⁵ RAMAJOLI, op.cit.

⁵⁸⁶ Definita anche *reflexive* o *auto-regulation* che concerne il comportamento economico e l'adozione da parte degli attori economici di certe regole di condotta nelle relazioni reciproche o nei confronti dei terzi sul mercato e nelle società, regole il cui rispetto è frutto di un accordo tra gli stessi attori, senza alcun meccanismo coercitivo esterno. Si tratta della produzione di norme in vari campi: economico, finanziario, informativo, della salute e dell'ambiente in cui tali norme soft si comportano come strumenti che amministrano tramite organizzazione formale, azione collettiva mediante networks transnazionali o networks giudiziali, fino alle istituzioni private con funzione regolatoria. Tali strumenti di autoregolazione possono svolgere numerose funzioni ovvero "rafforzare le comunicazioni tra istituzioni e società; socializzare i valori, supportare la hard regulation in settori ove è necessario il coinvolgimento del pubblico; sostituire la hard regulation quando sono richieste conoscenze specializzate per costruire il contenuto della regolazione o quando il fine della regolazione sia la responsabilizzazione di attori privati in possesso di conoscenze necessarie per la sua efficacia ed adeguatezza" PARIOTTI E., *Self-regulation, concetto di diritto, normatività giuridica*, in Ars Interpretandi, 2017, 16. Il rapporto tra soft law e self regulation, tale forma di regolazione acquisisce una portata generale quando l'elaborazione avviene "sotto la vigilanza di istituzioni od organismi pubblici, ovvero in un contesto di principi fissati dalle Autorità pubbliche. Sul punto per un maggior approfondimento, Clarich M., *I procedimenti di regolazione in AAVV, il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, 16-17 ed anche Dombalagian O.H., *Self and self-regulation: resolving the SRO identity crisis*, in 1 brook, J. Corp. Fin. E com. L., 2007, 329.

Storicamente, il ricorso, sempre più massiccio nei settori regolati a strumenti soft, si ebbe in presenza della crisi finanziaria avvenuta nella seconda metà degli anni novanta del secolo scorso in cui si incentivarono tutti gli strumenti di regolazione flessibile come standards, linee guida, codici di condotta, raccomandazioni a cui i destinatari si adeguavano in modo spontaneo. Diversamente, negli ultimi dieci anni, a seguito della crisi finanziaria ed economica, la soft regulation, proprio per la sua eccessiva incertezza e fragilità, è stata affiancata da una hard regulation che dettando vincoli e restrizioni ha ristabilito un maggior equilibrio.⁵⁸⁷

Pertanto si è imposto un nuovo sistema di regole in cui, da un lato mancano veri confini, dall'altro vi è una profonda differenziazione e relativizzazione della connessione territoriale collegata alla creazione ed applicazione giurisdizionale di un nuovo sistema di regole che mostra una forte correlazione tra diritto e società, tanto che per alcuni la soft regulation non è più estranea al diritto tout court come diritto identificabile solo per la sua derivazione da un contesto istituzionale e non in ragione della sua funzione nella società.

Si tratta di un fenomeno di cui spicca la funzione ovverosia quella di “*servire i mutevoli bisogni del mercato*”⁵⁸⁸, mediante atti regolativi che nel concreto hanno una pratica funzione.

Il diritto attenuato diventa protagonista del c.d. *regulatory process*⁵⁸⁹ ovvero della dinamica che abbraccia la produzione del diritto a diversi livelli e la sua attuazione (mediante la regolazione) e applicazione in termini di effettività, ovvero mediante meccanismi di enforcement.

Rispetto a quest'ultimo infatti, la soft law risulta un funzionale strumento di supporto che conferisce dinamicità ed elasticità nell'ambito dei sistemi giuridici, in altre parole atteggiandosi come vera e propria espressione di regulation.

Al di là delle riflessioni generali sugli strumenti di diritto attenuato interno, è nella loro funzione regolatoria che gli strumenti di soft law trovano la loro massima espressione ed è proprio traendo spunto da tale analisi fattuale, atto per atto, che molti esponenti della dottrina concludono per ritenere che la principale funzione del diritto attenuato sia quella regolatoria.

Se è vero quindi che la soft law ha un'anima “regolatoria”, è necessario allora chiarire, ancora meglio, i rapporti tra soft law e soft regulation.

Secondo alcuni interpreti⁵⁹⁰, tale rapporto è inquadrabile in un rapporto di genere a specie ove è soft regulation, la tipologia di soft law propria degli ambiti in cui sono presenti autorità di

⁵⁸⁷ Alcune riflessioni sul rapporto tra soft regulation e mercati FERRARESE M.R., *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, Il Mulino, 2016 ed anche BATTINI S. (a cura di), *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Giuffrè, 2007; CASSESE S., *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. Dir. Amn.*, 2014, 79; SIMONCINI M., *Nuovi regolatori e vecchi principi nel diritto dell'UE. Poteri e limiti delle Autorità Europee di vigilanza finanziaria* in www.nomosleattualitàdeldiritto.it, 2015.

⁵⁸⁸ FERRARESE, op.cit., 12,59,92.

⁵⁸⁹ BIGNAMI F., ZARING E., *Comparative law and regulation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK- Northampton MA (US), 2016

⁵⁹⁰ Vedi la trattazione di Ramajoli che precisa i contorni di tale rapporto genere a specie.

regolazione. Tuttavia, ciò non tiene in considerazione che le Autorità di regolazione necessitano spesso di strumenti di tipo tradizionale (autorizzatori, sanzionatori) e quindi l'attività regolatoria è oltre che soft anche hard.

Nel settore finanziario, ad es., la soft regulation è stata affiancata da un'hard regulation che ha ridisegnato i sistemi di vigilanza accentrando numerose funzioni al livello UE⁵⁹¹.

Le Autorità di regolazione esercitano poteri normativi di fatto di cui non è chiara la rilevanza esterna⁵⁹² e che si concretizzano in veri e propri atti normativi⁵⁹³ che, mancando di attribuzione legislativa, contribuiscono ad indebolire il principio di legalità come si avrà modo di approfondire nel paragrafo all'uopo dedicato.

Pertanto, il rapporto tra soft law e soft regulation va letto necessariamente in relazione alla combinazione tra hard e soft regulation che diventano complementari poiché è necessario che in mercati come quello finanziario, debbano coesistere sia misure hard sia soft che formano un sistema ibrido, senza arrivare alla c.d. overregulation, ovvero la massiccia presenza delle sole tecniche regolatorie come accaduto negli ultimi anni in alcuni sistemi.

In concreto, sono sempre più diffusi nel nostro ordinamento, strumenti di tipo dichiarativo aventi finalità normativa tesi ad influenzare la condotta dei destinatari applicando modalità e mezzi reputati dall'Autorità di regolazione⁵⁹⁴ che li ha adottati ed opportuni per il raggiungimento di un certo fine.

Gli atti di soft law sono sprovvisti di forza vincolante piena: a ciò consegue infatti che la mancata adesione del destinatario all'atto non genera il dovere nell'Autorità di procedere a sanzionare tale destinatario. Ciò avviene soprattutto al livello europeo, ad es. con le linee guida, i regolamenti e le

⁵⁹¹ Il modello precedente di regolazione e supervisione finanziaria era basato sull'incentivazione della regolazione flessibile, ovvero una regolazione per standard, ovvero guidelines, codici di condotta e raccomandazioni corredate da "una forma di adeguamento a carattere spontaneo, senza garanzie di applicazione delle regole elaborate al livello globale". Dopo la crisi finanziaria, diviene necessario affiancare alla soft regulation un'hard regulation, capace di dettare regole e vincoli. Sul punto oltre che Ramajoli, op.cit., vedi ARNER D.W. TAYLOR M.W., *The global financial crisis and the financial stability board: hardening the soft law of international financial regulation?* In Univ of New South Wales Law Journ., 2009, 488 e ss.; CAPRIGLIONE F., TROISI A., *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Torino, Utet Giuridica, 2014, 121. SIMONCINI M., *Nuovi regolatori e vecchi principi nel diritto dell'UE. Poteri e limiti delle autorità europee di vigilanza finanziaria*, in www.nomos-leattualitàdel diritto.it, 2015.

⁵⁹² CABIDDU M.A., CALDIROLA D., *L'attività normativa delle Autorità indipendenti* in *Amministrare*, 1-2/2000, 39.

⁵⁹³ CERULLI IRELLI V., *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in www.astrid-online, 15. Sull'attività normativa delle Autorità è, secondo alcuni, una deviazione dal diritto amministrativo e secondo altri espressione della funzione di regolazione alle medesime assegnata. ANGIOLINI V., *Le autorità alla ricerca dell'indipendenza?* In *Amministrare*, 1-2/2000, 9 e TITOMANLIO R., *Potestà normativa e funzione di regolazione*, Torino, Giappichelli, 2012, 69.

⁵⁹⁴ Le Autorità Indipendenti esercitano i loro poteri normativi anche per regolare il settore avuto in cura, oltre che per la loro regolamentazione interna. Sui poteri normativi delle Autorità indipendenti in generale, DE SIERVO U., *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo dell'esperienza comunitaria*, in CARRETTI P. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 1/2012. Quella che qui interessa è una potestà normativa a rilevanza esterna che secondo una certa interpretazione potrebbe trarre la propria legittimità, non essendovene alcun riferimento costituzionale espresso, dai riferimenti indiretti (in Costituzione e nelle fonti UE) agli ambiti in cui l'autorità di regolazione opera. Tra gli atti delle Autorità di regolazione a mero titolo di esempio: guide interpretative, regole espresse in forma di raccomandazione, regole esortative o ammonitorie, codici di autoregolamentazione, codificazioni di prassi consolidate.

istruzioni emanate dalla BCE nei confronti delle banche centrali nazionali o gli atti di soft law emanati dall'ESMA nei confronti delle Autorità di regolazione nazionali, esercitando così una funzione di indirizzo e coordinamento in maniera appunto flessibile⁵⁹⁵.

Nella terza parte di questo lavoro, avremo modo di illustrare cosa accade, nell'ordinamento, quando la dottrina si interroga sulla capacità degli atti di regolazione di imporre vincoli.

Da una parte ciò dovrebbe avvenire mediante l'incorporazione di tali atti nell'hard regulation che quindi conferisce loro una capacità sostanzialmente e realmente vincolante.

Tuttavia non tutti gli atti soft possono trasformarsi in atti concretamente hard e quindi vi sono atti di soft regulation che restano tali e quindi incidono nella sfera degli individui e degli Stati pur non essendo formalmente vincolanti.

Si richiama come esempio emblematico la Comunicazione della Commissione Europea, adottata prima della direttiva europea BRRD del 2014 sulla risoluzione delle crisi bancari ed introduttiva del bail-in per ripristinare la sostenibilità delle banche. Tale Comunicazione aveva ad oggetto alcuni orientamenti sui criteri da applicare per valutare se gli aiuti di Stato concessi alle banche durante la crisi fossero compatibili con il mercato interno. La Slovenia aveva inteso la Comunicazione vincolante e quindi aveva emanato una legge per ottemperare al contenuto della comunicazione, ovvero aveva adottato misure straordinarie per la ricapitalizzazione, il salvataggio e la liquidazione di cinque banche slovene e poi la Commissione aveva autorizzato gli aiuti di stato alle suddette banche. Veniva però sollevata questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte Costituzionale slovena che, dopo aver sospeso il procedimento, sottoponeva la questione alla Corte di Giustizia. Tra le questioni sottoposte vi era anche quella relativa alla natura e agli effetti, se o meno vincolanti, della suddetta comunicazione della Commissione (di cui veniva valutata la compatibilità con i principi costituzionali interni anche in relazione alla teoria dei controlimiti).

Secondo la Corte di Giustizia, con la pronuncia della Grande Sez., 19 luglio 2016 C. 526/14 Kotnik e altri, la Comunicazione “*non produce effetto vincolante diretto nei confronti degli stati membri, ma ha un effetto circoscritto all'autolimitazione della Commissione nell'esercizio del proprio potere discrezionale*”.

Tuttavia va sottolineato che la determinazione della Slovenia di rispondere a tale comunicazione, come se essa fosse stata vincolante, implica il suo atteggiarsi quale atto vincolante a tutti gli effetti, dato che veniva adottato un linguaggio hard, pienamente prescrittivo come si evince dal testo: “*essa stabilisce le condizioni per l'accesso agli aiuti di stato e i requisiti da soddisfare in modo che tali aiuti possano essere considerati compatibili con il mercato interno*”. Inoltre, la Corte, pur ritenendo la comunicazione priva di

⁵⁹⁵ VAN RIJSBERGEN M., *On the enforceability of EU Agencies soft law at the national level: the case of the European Securities and Markets Authority* in Utrecht L.Rev., 2014, 116 ed anche sulla funzione delle normative soft vedi GEORGIEVA Z., *Soft law in EU competition Law and its judicial reception in Member States: a Theoretical Perspective* in Germ. Law Journal, 2015, 223 e 229.

effetti vincolanti e quindi non potendo essere attivato un controllo di legittimità, tuttavia ne sindacava il contenuto nel valutare se essa violasse i principi generali dell'ordinamento.

Alla luce delle ultime osservazioni, si evince che la teoria secondo cui il carattere soft vada ravvisato nella formulazione e nella struttura delle norme⁵⁹⁶, totalmente indeterminato, viene messo in discussione giacchè, se si guarda alla comunicazione richiamata essa non risulta caratterizzata da una obbligatorietà solo formale, ma in concreto sentita come prescrittiva in senso sostanziale dagli Stati, come accaduto per la Slovenia.

In altre parole, appare riduttivo, secondo alcuni interpreti ricostruire la categoria della soft regulation attraverso il richiamo alla mancanza, in essa, dei caratteri tipici delle prescrizioni giuridiche. Appare più corretta l'idea di trarre i caratteri delle forme di soft regulation mediante la riconduzione di essa al c.d. diritto globale⁵⁹⁷. Infatti, con la diffusione del diritto globale si ha anche la crescente adozione di schemi di governance per disciplinare diversi settori. La stessa governance è data da una regolazione fondata su meccanismi informali e flessibili fondati sulla cooperazione tra autorità pubblica e attori privati nel definire le norme (ovvero al *co-regulation*). Quindi gli atti soft operano nell'ambito della governance ove appunto le norme non sono soft nei loro caratteri, ma la natura soft deriva dai percorsi di legittimazione delle scelte regolatorie⁵⁹⁸.

Risulta evidente, in conclusione, che la regolazione soft può trarre la propria legittimazione nel momento in cui se ne evidenzia l'appartenenza agli strumenti che definiscono la governance in un'ottica del diritto globale in costante coordinamento con la hard regulation.

Quindi gli atti di soft regulation, essendo privi di effetti giuridici vincolanti ed avendo alcuni effetti indiretti, lasciano ai diversi soggetti regolati il compito di valutare autonomamente se seguire la regolazione o meno. Ciò avviene in presenza non solo della norma soft, ma anche di norme ad effetti pieni tanto che la regolazione assume una portata "*complessa, multiforme e composita*"⁵⁹⁹ in cui le varie norme hanno efficacia giuridica differenziata. Quindi ad una regolazione leggera si affianca e la integra una normativa hard poiché, come già detto, appaiono indispensabili sia gli strumenti *hard* sia quelli più flessibili. Sembra, ancora una volta, che l'immagine della rete sia quella che meglio può spiegare tale rapporto⁶⁰⁰ in cui si realizza un intervento normativo unico ad efficacia giuridica differenziata articolato, secondo la dottrina "*in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici*"⁶⁰¹ espressivo di un disegno unitario, ove la norma di soft law integra la norma pienamente vincolante.

⁵⁹⁶ PARIOTTI E., *Self regulation, concetto di diritto, normatività giuridica* in *Ars interpretandi*, fasc. 2 luglio-dicembre 2017, 11.

⁵⁹⁷ FERRARESE M.R., *Soft law: funzioni e definizioni*. In *Soft law e hard law nelle società post-moderne* a cura di Alessandro Somma, 71, op.cit.

⁵⁹⁸ PARIOTTI, op.cit., 16.

⁵⁹⁹ Sulla complessità di tali processi di regolazione sia rispetto ai soggetti, sia rispetto agli atti FERRARESE M.R., *Mercati e globalizzazione. Gli incerti cammini del diritto* in *Pol. Dir.*, 2005, 409.

⁶⁰⁰ MOSTACCI, op.cit., 36.

⁶⁰¹ È Mostacci che parla di *fonti regolatrici* riferendosi sia a quelle hard sia a quelle soft. MOSTACCI, op.cit., 44.

Nel rapporto che si instaura tra le norme di regolazione soft e la norma di hard law, va evidenziato che la disposizione hard costituisce un incentivo all'adempimento da parte dei destinatari della regolazione soft e quindi la norma hard pone i soggetti interessati nella condizione di punire con una sanzione sociale “*ma fondata sul diritto*”, l'eventuale inadempienza degli obbligati alle prescrizioni contenute nell'atto a regolazione soft. Ciò comporta che la norma di soft regulation può avere diverse funzioni se accompagnata o meno da una norma di hard law: se c'è la norma hard questa viene integrata dalla norma soft; diversamente si realizza la normale forma di soft regulation, come nel caso della *self regulation*. Infine la norma soft può avere anche una funzione c.d. comparativa, ovvero quando vi è un interesse pubblico a cui bisogna conformarsi, perseguito dalla regolazione. In tale ipotesi i soggetti rimangono liberi di discostarsi dalla previsione se ciò è funzionale o necessario al perseguimento dell'interesse pubblico.

Uno degli aspetti più critici delle fonti di soft regulation risiede nel fatto che, avvalendosi di tali strumenti, i pubblici poteri mettono a rischio il rispetto dei principi garantisti del diritto amministrativo, poiché gli atti di soft regulation sono affrancati dal controllo di legalità.

Alla luce di ciò risulta necessario spendere alcune riflessioni in tema del rapporto tra soft law interna e principio di legalità, rapporto da sempre controverso e ricco di ombre.

2. Soft law, principio di legalità: pace o guerra infinita?

Secondo alcuni interpreti, la soft law trova il proprio fondamento “*nella legalità*”.

È importante tentare di stabilire se ciò è vero in quanto, come aveva detto Fois nel 1975, “*l'analisi del principio di legalità è di estrema importanza perché incide sui problemi che nelle nostre esperienze giuridiche assumono un rilievo centrale, quale quelle dell'ordine delle fonti normative*”.⁶⁰²

Come noto, la legalità attiene al piano delle fonti e alla tipologia di atti legittimati a produrre diritto, nel senso che riguarda l'adeguatezza delle singole fonti ai criteri organizzativi, procedurali e contenutistici posti per la produzione del diritto dalle norme sulle fonti⁶⁰³. Per questo, una parte della dottrina, reputa che la legalità costituisca un principio “*ordinante il sistema delle fonti*”⁶⁰⁴.

⁶⁰² FOIS P., *Legalità* (principio di) in Enc. Del diritto, XXIII, 1975.

⁶⁰³ Sul punto si rimanda alla trattazione di PASTORE B., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, in *Rule of law, l'ideale della legalità*, (a cura di) PINO G., VILLA V., Bologna, Il Mulino, 2016, 153 e ss ed ancora Zagrebelsky G., *Manuale di diritto costituzionale*, op.cit., 31 e 36.

⁶⁰⁴ Così DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 12.

Infatti, lo stato di crisi del principio di legalità è costretto a fare i conti, o forse ne è proprio la causa, con il diffondersi, nel nostro ordinamento della soft law e della nascita dell'autonoma categoria del diritto attenuato interno.

Il principio di legalità⁶⁰⁵ ha un ruolo importante nella tematica della soft law poiché comprendere se c'è un modo per renderlo compatibile con tale fonte del diritto di fatto, implica riflettere in tema di fonti in generale⁶⁰⁶.

Ciò poiché, se è vero che la gerarchia risulta da due principi combinati tra loro, ovvero il principio di legalità o della supremazia della legge sugli atti del potere esecutivo e il principio di costituzionalità o di supremazia della costituzione sugli atti normativi, con l'avvento della soft law, se non si trovasse una strada per la compatibilità tra soft law e questi due principi, ancora una volta la gerarchia diventerebbe sempre più un'immagine del passato.

La dottrina si è preoccupata della difficile compatibilità tra soft law e principio di legalità poiché se è vero che il principio di legalità è l'unico criterio capace di identificare il diritto valido⁶⁰⁷, allora è necessario misurare rispetto ad esso la validità della soft law.

Dobbiamo premettere che la prospettiva prescelta qui sarà duplice: in una prima parte del paragrafo la legalità verrà letta nella sua accezione di principio che esige il rispetto delle regole sui caratteri formali della produzione del diritto. Diversamente, nella seconda parte affronteremo il difficile rapporto tra legalità e soft law dal punto di vista della legalità nella sua accezione formale e sostanziale.

Venendo alla prima prospettiva, per principio di legalità intendiamo, in modo generale, l'obbligatorietà delle regole sulla produzione normativa⁶⁰⁸.

Alcuni interpreti ritengono che, se letto in tale ottica, invece che di principio di legalità, sarebbe più opportuno riferirsi al c.d. principio di costituzionalità, secondo la concezione kelseniana di costituzione secondo cui il contenuto di questo principio si riassume nel dovere di rispettare le norme poste dalla Costituzione e le norme poste conformemente ad essa⁶⁰⁹.

Se partissimo da un'idea mitica del principio di legalità, ovvero nella sua antica accezione di "*principio in base al quale i pubblici poteri sono soggetti alla legge e quindi tutti gli atti dei pubblici poteri devono essere soggetti*

⁶⁰⁵ La sua matrice risale al pensiero illuminista e si giustifica con l'esigenza di porre dei limiti alla potestà punitiva dello Stato a garanzia dei diritti dei cittadini. In particolare, nelle opere di Montesquieu e di Beccaria, si rinvergono le radici dell'idea dello Stato delle leggi, cioè l'idea della legge come strumento di tutela della libertà del cittadino dagli arbitrii sia del potere giurisdizionale che di quello esecutivo: una garanzia avvertita con particolare forza nel diritto penale, stante la delicatezza dei beni in gioco.

⁶⁰⁶ Ciò se è vero che il principio di legalità implica "*la garanzia di un controllo dell'azione di ogni pubblico potere alla luce di una norma di diritto*". DONNARUMA M., *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*, Padova, Cedam, 1988, 77.

⁶⁰⁷ FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Teoria della democrazia, Roma-Bari, Laterza, 2007, 29-30.

⁶⁰⁸ GENINATTI SATÈ L., *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità* in Dir. Pubbl., 2005, 886.

⁶⁰⁹ KELSEN H., *La dottrina pura*, op.cit., 225.

*alla legge, a pena di invalidità*⁶¹⁰ (legalità in senso formale), ovvero che “*è invalida la legge che conferisca un potere senza disciplinarlo compiutamente*” (legalità in senso sostanziale)⁶¹¹, ogni atto di normazione potrebbe presentare storture o carenze poiché esso, secondo la costruzione gerarchica, dovrebbe essere descritto come dotato di “*forza attiva e passiva minore*” a quella della legge e qualificata in rapporto ad essa secondo una necessaria attribuzione legislativa di potere normativo: ovvero subordinazione rispetto alla legge che costituisce quindi parametro di legittimità in quanto atto sopraordinato.

Nell’idea classica della legalità, il rapporto tra fonti dotate di forza attiva e di forza passiva minori della legge si risolveva in quello tra legge e regolamento, in cui la legge diveniva parametro di legittimità del regolamento in quanto atto a lei subordinato. Con la pluralizzazione delle fonti secondarie con efficacia normativa attiva e passiva variegata e la fine della loro unità tipologica, anche la legalità subisce una rivoluzione. Diviene recessiva l’idea che la fonte legislativa sia ancora il luogo di definizione e di mediazione fra ordinamenti particolari, riferimento necessario per la legittimazione della produzione di norme con effetto *erga omnes*.

Ciò in quanto il principio di legalità nasce con la funzione di limitare i pubblici poteri, rivolgendosi, da un lato, ai cittadini per cui la legge costituisce il confine ultimo della loro autonomia e dall’altro ai pubblici poteri per il quali la legge contiene il titolo e il fondamento per l’esercizio dei loro poteri autonomi⁶¹².

Dobbiamo invece partire da una nuova concezione di legalità da leggere in relazione a come è cambiato il ruolo della legge nel sistema: la legge, è andata in crisi e quindi vanno superate le tesi che impostano la legalità in modo troppo esteso, tale da comprimere la potestà normativa di tutti gli altri atti, compreso il regolamento. Diversamente, a fronte della pluralizzazione delle fonti, della dissociazione dell’efficacia normativa attiva e passiva, della tendenza alla specializzazione dei singoli atti fonte, il rapporto di subordinazione si mette in crisi⁶¹³.

Con l’avvento del *principio di costituzionalità*, il sistema delle fonti non è più retto solo dal principio di legalità, poiché va considerato anche il rapporto tra legge e Costituzione, oltre quello della legge con tutte le fonti ad essa sottese⁶¹⁴. In particolare la crisi di questa concezione del principio di legalità, si può riscontrare nelle ipotesi in cui vi sia un allontanamento dalla concezione ideale della legge, ovvero quando essa perde i connotati di prescrittività, generalità ed astrattezza e si afferma sempre più, come nel caso di alcuni strumenti di soft law, una legislazione incerta, specializzata⁶¹⁵.

⁶¹⁰ GUASTINI R., *Legalità* (principio di), in Dig. Disc. Pubbl, IX, Utet, 1994, 85.

⁶¹¹ Guastini distingue la legalità in senso formale e la legalità in senso sostanziale anche dal c.d. principio di preferenza della legge secondo cui “*è invalido ogni atto dei pubblici poteri che sia in contrasto con la legge*”. GUASTINI R., op.cit., 87.

⁶¹² SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, Utet, 2001, 3.

⁶¹³ MODUGNO, op.cit., 225.

⁶¹⁴ ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti e giustizia*, Milano, Einaudi, 1992.

⁶¹⁵ MODUGNO, NOCILLA, op.cit., 412.

Un esempio riguarda la qualificazione delle fonti istitutive delle Autorità indipendenti come fonti sulla produzione. Infatti, tali atti, nel definire un nuovo genere di fonti, violano innanzitutto il principio del *numerus clausus* delle stesse, presunta regola sulla produzione normativa⁶¹⁶, in particolare nelle modalità di conferimento dei poteri normativi che si allontanano dalle regole sulla produzione. Ciò è avvenuto in modo eterogeneo (nelle forme e nei modi), tanto che alcuni hanno parlato proprio di “fenomeno di emersione di nuovi paradigmi normativi intesi come “*modelli di produzione normativa sorti ex novo ancorchè non espressamente previsti né regolati da fonti sulla produzione*”⁶¹⁷. Un esempio, ancora, è la legge n. 675 del 1996 con cui il Garante della privacy promuove la sottoscrizione di codici deontologici e di buona condotta. L’attuazione di tale normativa non è riservata alla regolazione pubblica, ma integrata da parti di fonti autonome che sono atti normativi interni, fonti secondarie subordinate alla legge.

Venendo ai problemi legati alla legalità, dobbiamo soffermare ancora l’attenzione sugli atti fonte delle Autorità. Ci si deve chiedere se gli atti normativi vadano collocati al di fuori del principio di legalità ed in tal modo affermare che tali atti si possano svolgere in contrasto con le regole sulla produzione del diritto. Ciò equivale a svalutare la loro capacità normativa, poiché le Autorità emanano atti normativi in assenza di attribuzione di poteri normativi. Quindi vengono adoperati tali poteri, non formalmente previsti dalla legge, privi di un controllo successivo da parte di altri soggetti e che trovano giustificazione proprio per la mancanza di disposizioni di legge. È evidente, che nella concezione del principio di legalità fondata sulla predeterminazione della legge, tali atti non sarebbero ammissibili.

Quindi, dopo aver constatato il frantumarsi dei modelli gradualistici di classificazione derivati dall’impostazione Kelseniana, è necessario ragionare sulla riduzione dello spazio affidato alla normazione “classica”. Infatti, gli strumenti normativi e paranormativi atipici, anche dei privati⁶¹⁸, all’interno dei quali si colloca anche la soft law, occupano un ruolo sempre più rilevante nell’ambito dei settori regolati e della normazione in generale.

L’attività normativa delle Autorità indipendenti costituisce un esempio ulteriore della crisi del principio di legalità. All’attività delle Autorità, mancano le basi legali esplicite e la legittimazione democratica; inoltre nei settori da esse governati, le prescrizioni che la legge pone sono generiche

⁶¹⁶ E’ doverosa la precisazione di Foà che ha riconosciuto che gli atti fonte previsti dalle leggi istitutive delle Autorità, pur chiamandosi regolamenti, assumono, al livello sostanziale, diversa portata rispetto alle altre fonti atto che nel nostro ordinamento sono similmente denominate. FOÀ S., *I regolamenti delle Autorità Amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002, 2.

⁶¹⁷ SIMONCINI A., *I codici deontologici di protezione dei dati personali nel sistema delle fonti. L’emersione di un nuovo paradigma normativo?* In DE SIERVO U., (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 1999, 277.

⁶¹⁸ LIPARI N., *La formazione negoziale del diritto*, in Riv. dir. Civ. 1987, 307.

e vaghe, in altre parole sono soft⁶¹⁹. L'esercizio, da parte di tali Autorità di poteri di regolazione e controllo, quasi giudiziari e di amministrazione attiva (non certo inquadrabili nelle caselle della classica divisione dei poteri), allenta il legame dell'amministrazione con la legge, in cui le maglie dei poteri delle Autorità si allargano sempre più a detrimento della legalità pura e pongono in dubbio la loro stessa legittimità, non tanto rispetto alla legalità come conformità del tipo legislativo (in quanto espressione del popolo sovrano), quanto alla nuova legalità fondata sull'osservanza dei principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza rispetto al tessuto costituzionale dei valori⁶²⁰. La legittimità dell'esercizio da parte delle autorità indipendenti di determinati poteri dipende dall'accezione del principio di legalità che si assume, in quanto un significato forte del principio porta a ritenere che esse possano esercitare solo poteri espressamente previsti dal Legislatore, mentre un significato debole ammetterebbe il ricorso anche a poteri non disciplinati. Quindi, nell'ottica di adoperare un significato forte del principio di legalità, gli atti normativi delle Autorità indipendenti, mancandone l'attribuzione legislativa, si iscrivono nel quadro dell'indebolimento del principio di legalità. Anzi, il principio pare eluso quando le previsioni legislative conferiscono alle Autorità dei poteri normativi *“vincolati solo con la generica enunciazione di un obiettivo o di un valore”*⁶²¹. Nella sua accezione sostanziale⁶²², il principio di legalità trova come ostacolo alla propria stringente applicazione il canone dell'effettività che, valorizzando la dimensione sociale dello Stato, sembra non tenere in debito conto che il principio di legalità è espressione del principio democratico ai sensi dell'art. 1 della Costituzione. Sul punto infatti sembra ormai evidente come l'effettività, sia in radicale contrasto con la legalità, poiché ha la tendenza a *“trasformare in diritto ciò che abbia avuto la forza di imporsi di fatto come tale”*,⁶²³ assieme alla Costituzione vivente coopera per svuotare, eludere, aggirare proprio il principio di legalità.

Se si adotta quindi una versione rigorosa del principio di legalità forte, in senso sostanziale, si nega l'esistenza dei poteri impliciti; diversamente, per contro, se si ricorre ad un'accezione debole del principio di legalità applicato ai modelli regolativi, scegliendo una lettura di tale principio *“pragmatica e smitizzante, incline a mediare le istanze di democraticità e di garanzia per privati con quelle di funzionalità ed efficacia dell'agire amministrativo parimenti munite di riconoscimento costituzionale, prospettando una adeguata*

⁶¹⁹ GROSSO E., *Autorità indipendente o autorità onnipotente? Il potere di fatto del Garante per la protezione dei dati personali ed il principio di legalità* in *La legge italiana sulla privacy: un bilancio dei primi cinque anni* (a cura di) LOSANO, Roma-Bari, Laterza, 2001, 141.

⁶²⁰ Per una trattazione critica sul punto CASSESE S., *Le Autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni* in *I garanti delle regole* (a cura di) CASSESE S., FRANCHINI C., Bologna, Il Mulino, 1996, 221.

⁶²¹ CARETTI P., *Introduzione* in ID. (a cura di), Osservatorio sulle fonti, 2003-2004. CERULLI IRELLI V., *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, capitolo quarto del volume Astrid (a cura di), D'ALBERTI M., PAJNO A., *Arbitri dei mercati*, Bologna, Il Mulino, 2010.

⁶²² Con cui la pubblica amministrazione, oltre che il Legislatore, ha l'onere di determinare in modo compiuto i poteri del governo e della pubblica amministrazione, di fornire regole per il contenuto dell'azione amministrativa. D'AMICO M., *Legalità* (dir. cost.) in *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di) CASSESE S., Milano, Giuffrè, 2006, 3367 e ss.

⁶²³ FOIS P., *Legalità* (principio di), in Enc. Del dir, op.cit., 698-699 ed anche RESCIGNO U., *Principio di legalità, stato di diritto, rule of law*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*. Scritti in Onore di Lorenza Carlassare, op.cit., 346.

tutela offerta dai principi di ragionevolezza, proporzionalità e raffrontabilità con gli standards desunti dalla tecnica⁶²⁴, essi trovano giustificazione.

Conseguenza inevitabile di ciò è anche la messa in discussione della legalità sul piano delle fonti poiché essa è intesa quale criterio di validità delle fonti stesse e quindi, con la determinazione di quali sono le fonti e delle regole che le governano, l'ordinamento stabilisce anche il perimetro della legalità⁶²⁵. Con la differenziazione e la conseguente complessità delle fonti, tale perimetro va ridisegnato e si tratta di un'operazione tutt'altro che agevole: infatti, si assiste ad un vero declino della legalità in quanto essa non riesce più a legittimare e a giustificare il potere⁶²⁶. Infatti, se è vero che l'esercizio di ogni potere è previsto, regolato e anche limitato da una preventiva norma giuridica e che il potere può fare solo ciò che un testo legislativo lo autorizza a fare, ciò, con il caos delle fonti, viene meno in termini di affidabilità e di certezza⁶²⁷, come già precisato.

Quindi, tornando agli atti delle Autorità indipendenti, dalla lettura di alcuni del Garante della privacy, che costituiscono uno strumento interpretativo non vincolante che non impone alcun obbligo circa l'applicazione da parte degli operatori, si evince che il rispetto di essi dipende dalla sola spontanea adesione dei destinatari e ciò non favorisce il raggiungimento dell'obiettivo del provvedimento che nello specifico dovrebbe assicurare l'osservanza della normativa in tema di dati

⁶²⁴ DI COSIMO G., *Sul ricorso alle linee guida da parte del Garante per la privacy*, in Osservatorio sulle fonti, fasc. 1/2016, 2.

⁶²⁵ PASTORE, op.cit., 31.

⁶²⁶ Sul punto si richiama il pensiero di DOGLIANI, op.cit., 2.

⁶²⁷ Sebbene alcuni ritengano che il principio di legalità continui a svolgere una funzione essenziale rispetto all'attività regolativa dell'esercizio del potere, individuandone i limiti, per il controllo delle attività e degli esiti decisionali, soprattutto se si ritiene che l'unico strumento per ricomporre il sistema delle fonti possa essere la valorizzazione della giurisdizione rispetto a cui la legalità mantiene un ruolo di assoluta garanzia. Sul punto si veda DOMENICHELLI V., *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?* In *Diritto processuale amministrativo*, XXII, n. 1, 6 2004e LUZZATI G., *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2005. A fianco all'incertezza normativa, si sta imponendo, sempre di più un altro fenomeno rischioso, noto come la c.d. precarizzazione delle fonti, in particolare delle fonti primarie che ha una portata "a cascata" su tutto il sistema delle fonti. Con l'espressione precarizzazione delle fonti, ci si riferisce infatti al mutamento delle norme giuridiche idoneo a creare instabilità e caos nell'ordinamento giuridico, laddove implica soprattutto l'eccessiva produzione normativa primaria e non solo e quindi la difficoltà di applicare le norme correttamente, con accanto il fenomeno dell'eccessiva stratificazione delle leggi (fonti primarie e fonti inferiori), della sovra-produzione normativa, insieme all'esplosione della tecnica che conduce alla produzione di norme tecniche (di cui si dirà diffusamente nel paragrafo dedicato nel rapporto tra soft law e norme tecniche).

La normazione quindi si distingue in diversi centri di produzione normativa che contribuiscono nella frammentazione e contraddittorietà del sistema delle fonti ed all'interno di tale accadimento si verifica anche che gli interpreti utilizzino come fonti del diritto documenti normativi che non possono essere considerati come parte del sistema. Ciò, porta a disgregare ancora di più il sistema delle fonti, la sua ordinazione verticale, la sua tipicità e anche la certezza circa funzione e validità delle fonti stesse. In dottrina tale concetto è stato usato, con alcune leggere varianti, per descrivere in termini negativi la mancanza di stabilità, certezza e conoscibilità delle fonti normative. Cfr. GENINATTI SATE' L., *Introduzione a una teoria realista della legislazione*, Torino, Giappichelli, 2011, 151 ss. V. in proposito: SILVESTRI G., *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. dir.*, 1, 1987, 149 ss.; RUGGERI A., *A proposito di deleghe, delegificazioni (ed altro) e dei possibili rimedi volti a porre ordine nel sistema delle fonti*, in *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, (a cura di) CARETTI P., RUGGERI A., Milano, Giuffrè, 2003, 1 ss.; CARLASSARE L., *Fonti del diritto, rottura delle regole, indebolimento della democrazia*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 10, Torino, Giappichelli, 2000, 75 ss.; CARETTI P., *La legge parlamentare nel sistema delle fonti: trasformazioni in atto e problemi di prospettiva*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 361 ss. La produzione di norme infatti, sia per la rimozione o modifica del diritto preesistente e sia per la regolazione di materie prima non regolate, testimonia l'incompletezza del sistema. RUGGERI, op.cit., 6.

personali. Tuttavia, il problema con la legalità si pone quando, come in questo caso, un passaggio dell'atto sia in contrasto con una normativa primaria, come nel caso in esame con un decreto legislativo sugli obblighi di trasparenza. Ciò si sarebbe evitato aumentando le garanzie connesse al procedimento partecipativo dei soggetti interessati, salvaguardando così un rispetto minimo della legalità.

Analoghe perplessità pone il rapporto tra la soft law e il principio della riserva di legge. Quest'ultimo che, come noto, attiene al rapporto tra fonti, agendo come limite alla fonte regolamentare o comunque a fonti diverse dalla legge. Tale principio opera in ordine alle materie riservate alla legge, da cui vengono escluse le fonti inferiori. La riserva si pone quindi come mezzo che esclude ogni intervento, non solo normativo, di organi diversi dal Legislatore così come esclude l'esercizio della discrezionalità degli organi agenti nella concretezza del momento applicativo. In tal modo essa rafforza anche la legalità e agisce sulla determinatezza della fattispecie, in osservanza sempre della gradazione della riserva di legge da assoluta in relativa. Se è vero che il rapporto tra riserva e legalità è quantitativo, si rileva come da una tutela piena costituita dalla riserva assoluta in cui tutto deve trovare la propria ratio nella legge, si passa alla riserva relativa fino ad arrivare alle situazioni residue in cui vige il generale principio di legalità che necessita di una predeterminazione (di obiettivi ed interessi). Tale inquadramento dovrebbe risolvere la problematica degli incerti confini con alcuni istituti⁶²⁸, ma non è detto che lo risolva con gli atti di soft law.

Quindi dobbiamo riconoscere che il parametro normativo cui conformare il potere non è più, come nella classica accezione di legalità, la legge o altre fonti da essa direttamente ed espressamente controllate (in quanto poste sui gradini inferiori della piramide), ma una pluralità eterogenea di regole e principi a loro volta dotati di "legittimazioni eterogenee" provenienti da ordinamenti diversi e variamente intrecciati⁶²⁹. In tal senso il termine legalità sarebbe usato dagli interpreti "solo per stanchezza"⁶³⁰ andrebbe sostituito con una diversa nozione, come ad esempio *regola di diritto*⁶³¹ o *rispetto di diritto*⁶³². In altre parole, la legalità va rivista in relazione alle trasformazioni dell'esperienza giuridica e alla luce di una nuova concezione del diritto rispetto a cui va costruita la nuova identità della legalità.

Inoltre, va considerato anche che l'atipicità delle fonti secondarie si oppone al principio di legalità, poiché, secondo la miglior dottrina, nell'ambito delle Autorità indipendenti il principio di legalità viene offuscato: da una parte perché le Autorità non hanno legittimazione democratica pur

⁶²⁸ CARLASSARE L., voce *Legalità*, (principio di), Enc. Del dir., op.cit.,7.

⁶²⁹ VOGLIOTTI M., *Legalità*, in Enc. Del dir., Annali VI, op.cit., 375-376.

⁶³⁰ CASSESE S., *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista di Diritto pubblico*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1995, 796.

⁶³¹ CASSESE S., *Le basi costituzionali in Trattato di diritto amministrativo* (a cura di) CASSESE S., *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, Giuffrè, 2003, 220.

⁶³² CASSESE S., *Il diritto amministrativo e i suoi principi in Istituzioni di diritto amministrativo 2*, (a cura di) CASSESE S., Milano, Giuffrè, 2006, 8.

adottando norme che per prassi si considerano secondarie, e dall'altra perché i loro provvedimenti, connotandosi per l'ampia discrezionalità tecnica, pur non sottraendosi al sindacato del giudice amministrativo, presentano le c.d. *maglie larghe*⁶³³.

Una strada per consentire che gli atti di soft law abbiano cittadinanza su un terreno dove ancora c'è un forte conflitto tra effettività e legalità, potrebbe essere quello di abbracciare, di quest'ultima, l'accezione europea che “*guarda più alla ratio che all'auctoritas, più al modo di esercitare il potere e al suo contenuto che alla sua origine*”⁶³⁴. Infatti, nell'accezione europea di legalità, non vi è più l'imposizione della rigida conformità del potere giurisdizionale ed amministrativo alla legge, ma vi sono un eterogeneo numero di principi quali la ragionevolezza, la buona fede, la tutela dell'affidamento il buon andamento, oltre all'equilibrio istituzionale che mira a garantire la legalità all'interno dell'Unione assicurando che ogni Istituzione eserciti le proprie competenze nel rispetto di quelle altrui oltre a considerare i principi che orientano i rapporti dell'Unione con gli Stati (come sussidiarietà e proporzionalità) che vengono letti nella loro sostanza valoriale e flessibilità⁶³⁵. Se, alla luce di questa nozione di legalità europea, ci si approccia allo spazio giuridico interno, accanto alla legalità statutale, emerge un'altra legalità⁶³⁶ che va letta in senso plurale e che guarda ai numerosi contenuti del potere e alle modalità del suo svolgimento⁶³⁷.

Altro aspetto da trattare riguarda il rischio che la soft law metta in discussione il principio di tipicità delle fonti e degli atti amministrativi (con valenza regolatoria), che costituisce un'esplicazione del principio di legalità⁶³⁸. Il punto è che ormai, anche in settori ad elevata complessità tecnica ed economica e a rapida evoluzione tecnologica, il modello regolativo basato “*sulla sussunzione per legem delle regole formate dai privati*”⁶³⁹ appare poter offrire al regolatore pubblico un'efficace ed efficiente alternativa regolatoria rispetto alla scelta tradizionale fra la legge, che garantisce la certezza ma non

⁶³³ SORRENTINO F., *Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo* in Annuario Aipda 2015 e sempre in *Le fonti del diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2016, 11 ed anche TONOLETTI B. *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo* in *Dir. Amn.*, 2/3, 2015 e MAZZAMUTO, op.cit., 193.

⁶³⁴ VOGLIOTTI, op.cit., 410. La legalità europea infatti risente dell'assenza di una legge quale fonte diversa da tutte le altre ed espressione del popolo sovrano dalla quale tutto il diritto riceve validità e legittimazione. La funzione legislativa non è di un solo organo, il Legislatore, rappresentante della volontà generale, ma viene distribuita tra soggetti che tra loro interagiscono, ovvero Commissione, Consiglio e Parlamento. L'ordine giuridico europeo nasce pluralistico in cui la legittimità non viene dall'auctoritas, ma dalla ratio ovvero dai principi, sostanziali e procedurali, di giustizia.

⁶³⁵ Secondo una parte della dottrina, Adinolfi, non si può leggere il principio di legalità europeo in modo unitario: infatti si riscontra un insieme di regole e principi diversi nella finalità ed origine che cooperano per garantire che l'ordinamento giuridico europeo “*risponda a regole di certezza e di ragionevolezza e non arbitrarietà nell'adozione ed applicazione delle regole del Trattato e delle norme derivate*”. ADINOLFI A., *Il principio di legalità nel diritto comunitario, in Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (a cura di) MERUSI F., in *Diritto pubblico*, 2/2007.

⁶³⁶ Che è costituita da più legalità frammentate in diversi principi che alludono al modo in cui si esercita il potere e ai suoi contenuti. VOGLIOTTI, op.cit., 413 e ss.

⁶³⁷ BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, 249.

⁶³⁸ Questa questione viene affrontata anche da CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il mulino, 2017, III ed., 73, il quale afferma che tale problema è stato ridimensionato da coloro che hanno affermato che la soft law presenta “*una componente autoritativa-prescrittiva... recessiva rispetto a quella per così dire persuasiva-sollecitatoria*”.

⁶³⁹ SICLARI D., *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Studi in onore di Vincenzo Altripaldi*, Napoli, Jovene, 2010, 34.

l'elasticità delle norme e lo strumento della delega di poteri alle Autorità di regolazione, che espone l'ordinamento al rischio di una pericolosa perdita della garanzia della legalità, oltre che di quello di certezza quali principi di diritto globale. Quindi, la sussunzione da parte della legge delle regole tecniche, elaborate dai privati operatori del mercato di riferimento, coniuga l'esigenza di certezza del diritto e la salvaguardia del principio di legalità con la capacità di adattare il sistema normativo rispetto a materie dal contenuto tecnico.

In conclusione si ritiene che oggi sia valida, ancora più che un tempo, la posizione assunta da Carlassare nel 1966. In tema di legalità infatti scrisse *“il concetto di legalità, come quello di Stato di diritto che ne sta alla base non è un concetto statico, ma essenzialmente dinamico, suscettibile pertanto di trasformazioni successive collegate in genere ad una sua progressiva e più piena realizzazione. Si tratta però di vedere fino a che punto queste variazioni di contenuto e di valore siano influenzate da particolari ragioni inerenti al modo di essere degli ordinamenti”*⁶⁴⁰ e così sembra essere oggi quando assistiamo ad una convivenza pacifica tra il principio di legalità come strumento di garanzia delle fonti, riletto anche alla luce dell'effettività e la soft law. L'obiettivo dovrebbe essere arrivare ad un modello di regolazione di sintesi che coniughi il principio di legalità quale espressione della decisione politica e quello di effettività delle regole che governano i rapporti di natura economica, realizzando una sintesi *“tra autorità e libertà”*⁶⁴¹.

In apertura abbiamo richiamato il pensiero di Ferrarese⁶⁴² che rinviene il fondamento della soft law *“nell'efficacia pratica e nella legalità”*, e riferisce di *“giuridicità camaleontica, dal carattere spiccatamente adattivo e teleologico”*: *“se le forze private del mercato utilizzano modalità e moduli semi-ufficiali per dare regole alle transazioni commerciali, le stesse istituzioni pubbliche inventano nuovi strumenti “quasi-normativi” per aggirare le difficoltà di un circuito giuridico allargato ma ancora ostacolato da importanti barriere. L'esempio dell'Unione Europea illustra molto bene questa tendenza: in ambito comunitario si è diffuso l'uso di uno strumentario che non ricade nelle classiche categorie giuridiche e sembra indirizzato verso finalità pratiche, specie comunicative: Comunicazioni (della Commissione), linee-guida, direttive-cornice e, più in generale, “regole di condotta che, in linea di principio, non sono dotate per legge di forza vincolante, ma che, nondimeno, possono produrre effetti pratici”*. La soft law quindi sembra indirizzarsi verso un fine pratico, *“di efficacia, e poi forse a quello di legalità e comunque ad entrambi a dispetto della legittimità”*.

⁶⁴⁰ CARLASSARE L., *Regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966, 121.

⁶⁴¹ SICLARI, op.cit., 36.

⁶⁴² FERRARESE, op.cit., 27

3. La soft law interna nel sistema delle fonti: “la rete a vocazione gerarchica”

Con l’apertura del sistema delle fonti, l’affermarsi di atti normativi atipici come quelli di soft law, frutto della c.d. *normatività del fattuale*⁶⁴³ non è più “*ora stabile ora episodico*”, come la dottrina⁶⁴⁴ aveva osservato, ma ormai stabile e parte integrante dell’ordinamento.

Bisogna domandarsi se hard law e soft law possano costituire un unico sistema, articolato e complesso, o invece la soft law si ponga in un sistema diverso che dialoga e si interseca in un rapporto di integrazione e di sussidiarietà con il sistema di hard law. L’esistenza di due sistemi collegati, ed in perenne dialogo, si sposerebbe con l’attuale configurazione, fondata sulla concorrenza degli ordinamenti⁶⁴⁵ che realizza numerose regolamentazioni nei diversi ambiti. Quindi, il modello “a rete” già delineato, sembrerebbe adattarsi meglio ad ospitare anche la soft law in un sistema di fonti, poiché la struttura reticolare, oltre a riprodurre la pluralità degli ordinamenti, contempla anche la loro interazione in cui i privati partecipano all’attività di regolazione e la integrano coordinandosi con i pubblici poteri.

Dovendo trovare uno spazio alla soft law nel sistema delle fonti, tale sistema deve essere inquadrato in una struttura reticolare a vocazione gerarchica. Non basta collocare le fonti nella sola rete, ma va anche considerata la gerarchia come garanzia del rispetto della supremazia della Costituzione e dei principi di tassatività, riserva di legge e legalità. Ciò anche perché, non riesce a contenere la soft law, che la dottrina ha ritenuto “*una fonte non gerarchicamente strutturabile*”⁶⁴⁶. Pertanto, essa va inserita in una struttura reticolare, a garanzia della compresenza dell’ordine imposto dalla gerarchia e della rete, idonea a realizzare, solo in presenza della piramide che crea un costituzionalismo verticale, una nuova forma di costituzionalismo orizzontale⁶⁴⁷.

All’interno del sistema delle fonti (rete a vocazione gerarchica), la dottrina si è interrogata su quale sia lo spazio occupato dagli atti di soft law interna. Secondo alcuni, essi si pongono al di fuori del paradigmatico e tradizionale sistema delle fonti di hard law o, diversamente, per la sola esistenza (al di là della rilevanza), incidono sulla rappresentazione della teoria delle fonti che ormai deve piegarsi al nuovo contesto.

⁶⁴³ BIN R., *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto* in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare* (a cura di) BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., Napoli, Jovene, 2009, 24 ss.

⁶⁴⁴ MODUGNO, op.cit., 201 ss.

⁶⁴⁵ ZOPPINI A., *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in ZOPPINI A. (a cura di), *La Concorrenza tra gli ordinamenti*, Milano, Laterza, 2004, 85.

⁶⁴⁶ Secondo Breccia si può comunque qualificare la soft law come fonte anche se essa non è identificabile con le fonti in senso verticale. BRECCIA U., *Immagini della giuridicità contemporanea*, op.cit., 364.

⁶⁴⁷ BRECCIA, op.cit., 376-377.

Infatti, presupposte tutte le riflessioni contenute nella prima parte del lavoro, circa l'attuale conformazione del sistema delle fonti nel diritto, non più inquadrabile nel sistema gerarchico, non più riconducibile ad un solo sistema, ma avente una natura magmatica e complessa⁶⁴⁸, senza alcun ordine predefinito nei rapporti delle norme ormai sempre più atipiche e complesse, dobbiamo chiederci che spazio occupa la soft law. Correlativamente, va tenuto conto che la soft law ha risentito, più di categorie giuridiche definite nei loro contorni in modo più deciso, della crisi del sistema delle fonti che ha consentito a tale categoria di entrare prepotentemente con una osmosi normativa senza precedenti imponendo atti a tutti i livelli normativi e al contempo costruendo strumenti che nella loro veste formale, come ad es. le linee guida, sono capaci di occupare uno spazio, formalmente nel livello secondario di fonti, ma che poi concretamente, si elevano, nella loro osmosi con la normazione primaria.

Se è vero che la soft law si manifesta in modi, forme e con forza nuovi rispetto a quelli cristallizzati in una certa rappresentazione del sistema delle fonti, tuttavia tale sistema delle fonti continua ad esistere e bisogna capire se gli strumenti di soft law si pongono all'interno di esso ed in che posizione, oppure al di fuori, creando una sorta di normatività c.d. esterna.

Infatti, tradizionalmente, la soft law è stata contrapposta alla hard law e quindi alle fonti dell'ordinamento tradizionalmente riconosciute. Se così fosse, ancora oggi gli atti di soft law si dovrebbero porre fuori dal sistema delle fonti del diritto. Se così fosse, ancora, la soft law si porrebbe in contrapposizione a tutte le manifestazioni del diritto in senso formale, e vincolante essendo essa, non pienamente formale e non vincolante, anzi come afferma la dottrina "*rules conduct which in principle, have no legally binding force but may have practical effects*"⁶⁴⁹. Tuttavia, si tratta di regole non produttive di effetti legali vincolanti, ma capaci di realizzare effetti pratici.

Volendo ritenere che gli strumenti di soft law facciano parte del sistema delle fonti, ci si deve chiedere se esse siano riconducibili a norme secondarie, a norme sulla produzione, o invece siano prossimi un fenomeno giuridico che consente all'ordinamento di dominare meglio le dinamiche socio-economiche contemporanee⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ La natura magmatica e complessa induce alcuni studiosi a ritenere che la soft law contenga molteplici fenomeni raccolti in via residuale in un unico insieme tra loro accomunati "*dal rappresentare risposte ad esigenze prestanti della regolamentazione*". Costanzo sul punto riferisce della soft law come insieme di fenomeni e non solo di atti perché essa accoglierebbe "un metodo di regolazione" (soft regulation) ovvero come riconoscimento di una autonomia normativa e pariteticità dei soggetti regolatori che spesso sono anche i regolati (self regulation) e anche gli strumenti ed i risultati della regolazione. COSTANZO P., *Hard law e soft law: il senso di una distinzione*, in COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A., *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, 262.

⁶⁴⁹ SNYDER F., "*Soft law and institutional practice in the European Community*" in MARTIN S. *The Construction of Europe: Essays in honour of Emily Noel* 198, Dordrecht, 1994.

⁶⁵⁰ La riflessione prende spunto da alcune osservazioni critiche di Cavinato il quale appunto vede nella soft law uno strumento "*di slancio e vigore al "fenomeno giuridico", un catalizzatore sociale*". CAVINATO F., *Soft law e topografia giuridica*" in www.filodiritto.it 2018.

Se fossero classificabili quali norme secondarie, intanto si premetterebbe l'esistenza di una gerarchia; in secondo luogo se fossero davvero secondarie, ciò implicherebbe che ad esse andrebbero applicate tutte le regole proprie dei rapporti tra norme primarie e norme secondarie.

La prossimità della soft law alle norme sulla produzione è posta in dubbio dalla maggioranza degli interpreti. Infatti le norme soft sono strumento disciplinatorio di condotte e non mezzo di produzione del diritto. Se si guarda a specifiche tipologie di atti soft, si evince distintamente come esse, ad es. le linee guida, costituiscano dei veri e propri atti che disciplinano alcuni specifici settori sebbene mediante consigli e raccomandazioni nei confronti dei soggetti a cui si rivolgono.

Se guardiamo alle tipologie di norme sulla produzione ovvero secondo la teoria classica del Guastini, "*norme su norme aventi ad oggetto atti di produzione di norme*", allora quelle soft non possono essere ritenute norme sulla produzione poiché non si rivolgono a nessuna norma alla cui produzione si riferiscono. Tuttavia se le fonti sulla produzione sono gli atti o i fatti che modificano l'ordinamento, indubbiamente gli atti di soft law modificano l'ordinamento, innovandolo e modificandolo, ma alla soft law manca una idoneità a produrre diritto sorretta da un inquadramento di tipo formale, inteso come una vera e propria formale legittimazione.

Resta in dubbio se gli atti di soft law costituiscano atti che abilitano all'esercizio di un potere normativo, poiché, se guardiamo alle antiche tipologie di atti di soft law ovvero le dichiarazioni internazionali (es. dichiarazione internazionale dei diritti dell'uomo), le Convenzioni, le risoluzioni, le raccomandazioni, i codici di condotta sono strumenti idonei a rispecchiare la volontà degli stati di vincolarsi al rispetto di determinati principi⁶⁵¹, ma non sembrano abilitare gli Stati a esercitare il potere normativo mediante atti; diversamente, se guardiamo agli strumenti di soft law più recenti, come le linee guida o anche gli atti di moral suasion delle Autorità Indipendenti, tali atti abilitano le Autorità ad esercitare determinati poteri, come ad es. il potere normativo con cui l'Anac o l'Agcm emanano linee guida.

Anche e soprattutto alla luce della varietà ed atipicità degli atti di soft law, risulta necessario concludere su tale problematica, prendendo in prestito una considerazione di Esposito secondo cui "*non sempre né necessariamente il diritto sorge secondo precostituite disposizioni sulla creazione del diritto*" ma "*una volta ammesso che alcuni atti creatori di disposizioni giuridiche, ed alcune disposizioni giuridiche quali quelle sulla produzione del diritto possono avere una propria e non derivata forza giuridica*" e quindi non è sempre vero che l'efficacia normativa di atti e comportamenti produttori del diritto debba trarre origine dalle disposizioni sulla produzione del diritto⁶⁵² e pertanto si può concludere che quello posto in essere attraverso gli atti di soft law siano il risultato di un processo informale di normazione nei rapporti politico-economici interni ed internazionali, poiché "*la normale variazione*

⁶⁵¹ DISTEFANO M., "*Origini e funzioni del "soft law" in diritto internazionale*", in lavoro e diritto, fasc. 1 inverno 2003, 19.

⁶⁵² ESPOSITO, Consuetudine, op. cit., 462.

tipologica di un modulo teleologico che si compendia non tanto nella forma o nella rispondenza a modelli preordinati, quanto nella sua idoneità funzionale al perseguimento di un fine-valore mediante l'attuazione di principi, comporta la revisione del concetto stesso di fonte normativa".⁶⁵³ Quindi sembra ormai necessario accettare che, l'attuale assetto delle fonti non è più chiuso, bensì espressione di un paradigma pluralistico delle fonti, in cui la rigida predeterminazione delle norme è assolutamente improbabile e quindi è anacronistico inseguire un'idea classica di fonti.

Sempre nel rapporto con la *hard law*, oggi la *soft law* non può più essere letta come alternativa alle fonti di diritto "*codificato*" e consuetudinario (*hard law*), ma rappresenta la diversità di gradazione della forza di una normazione, secondo una maggiore o minore potenza, nell'intensità e negli effetti.

In conclusione sono opportune alcune riflessioni sul rapporto tra rete e la gerarchia o meglio sulla rete a vocazione gerarchica.

Ciò in quanto la metafora della verticalità gerarchica, pur avendo avuto una preminenza storica e culturale e pur avendo conferito "*organicità e compattezza al sistema delle fonti*", oggi, di fronte agli scalini della piramide sempre più affollati e sconnessi, non è più capace di rappresentare adeguatamente il sistema⁶⁵⁴. Con la frammentazione delle fonti e l'avvento di numerose nuove fonti atipiche, la gerarchia sembra in grado di spiegare solo una parte delle fonti e quindi si inizia a ritenere che la rete, che rappresenta l'interconnessione tra i soggetti che si integrano e intrecciano, costituisca un paradigma più idoneo a rappresentare il nuovo assetto delle fonti, sebbene caratterizzato da incertezze poiché le interconnessioni tra le fonti sono aperte e instabili tanto da rendere sempre più incerto tutto il quadro normativo⁶⁵⁵.

Tuttavia, come abbiamo cercato di spiegare nelle pagine che precedono, la gerarchia non viene mai meno del tutto, anzi si rinnova nella sua stessa essenza poiché la relazione gerarchica tra le fonti si determina in base all'attività interpretativa dei giuristi e degli organi dell'applicazione⁶⁵⁶.

La compresenza di rete e gerarchia si riscontra soprattutto quando si analizzano le nuove fonti, come gli strumenti di *soft law*, rispetto alla loro capacità di imporsi come fonti a normatività graduata. Quindi, l'emersione della rete riesce a rappresentare l'universo giuridico molteplice, fatto di atti morbidi e estranei alla stretta cogenza impositiva e sanzionatoria per disporsi come un "*tessuto a maglie larghe*", in cui vi sono anche punti di rigidità, caratterizzati da una normatività forte⁶⁵⁷. Ciò

⁶⁵³ MENGONI, MODUGNO, RIMOLI, op.cit., 196.

⁶⁵⁴ PASTORE, *Principio di legalità*, op.cit., 156, ma anche BIN R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, 2013, 16,17.

⁶⁵⁵ CATANIA A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'era globale*, Milano, Laterza, 2008, 79.

⁶⁵⁶ PARISI, op.cit., 255 e ss. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto*, op.cit., 19 e ss., anche VELLUZZI V., *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, ETS, 2012, 30, 32.

⁶⁵⁷ Sulla compresenza del diritto strutturato accanto al diritto duttile e sulla complementarità tra modello piramidale e reticolare, LOSANO, op.cit., 425, 429.

non implica la sparizione della gerarchia, ma permette di ritenere quest'ultima e la rete come complementari⁶⁵⁸ fino a costituire una rete a vocazione gerarchica nella quale convivono, in una graduazione necessaria e plurale⁶⁵⁹ a salvaguardare il rispetto dei principi generali del diritto, regole elastiche e flessibili di soft law e regole ad alta vincolatività di hard law come un vero e proprio insieme complesso⁶⁶⁰.

In conclusione, gli strumenti di soft law conquistano un loro ruolo, come nuovo corpus normativo nel dinamico mosaico di atti hard e meno hard, e vanno ritenute fonti a tutti gli effetti, capaci di generare regole giuridiche ed operanti, come già chiarito, sulla base del principio di effettività e in modo coerente e compatibile con la legalità.

Parte terza

LE LINEE GUIDA: UNO STRUMENTO DI DIRITTO ATTENUATO DELL'ORDINAMENTO ITALIANO

CAPITOLO I- LE LINEE GUIDA: PROFILI GENERALI 1. Piano euristico 2. Le linee guida: da categoria giuridica a fonte del diritto 3. Le linee guida al cospetto della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato 3.1. Le linee guida al cospetto della Corte Costituzionale.

CAPITOLO II- LE DIVERSE TIPOLOGIE DI LINEE GUIDA A CONFRONTO 1. Una breve panoramica sulle linee guida nel nostro ordinamento 2. le linee guida in campo sanitario: profili problematici e spunti di riflessione 3. Linee guida nel diritto

⁶⁵⁸ PASTORE, *Principio di legalità*, op.cit., 157; OST, op.cit., 32 e 37, 38; LOSANO, op.cit., 425, 429.

⁶⁵⁹ Alcuni riferiscono di un funzionamento plurale e graduato della positività in cui quindi si evidenzia come il diritto può essere più o meno positivo, componendosi di fattori multipli dislocati ai diversi livelli della produzione. Sul punto BRECCIA U., *Immagini della giuridicità*, op.cit., 364-365, 372 e 380-381 ed anche GIANFORMAGGIO L., *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995 che afferma come, a proposito della positività che essa non è “*un concetto tutto o niente: la positività si gradua*”.

⁶⁶⁰ MORTH U., *Conclusion* in Id. (a cura di), *Soft law in Governance and regulation. An interdisciplinary analysis*, Chaltenham-Northampton (Mass.), Edward Elgar, 2004, 191, 193 ed anche SENDEN, *Soft law in European*, op.cit., 397, 398.

dell'ambiente e nel diritto all'ambiente. 4. Il potere normativo delle Autorità Indipendenti: il caso delle linee guida 4.1. Le linee guida dell'Anac

CAPITOLO I

LE LINEE GUIDA: PROFILI GENERALI

1.piano euristico

L'inquadramento degli strumenti di diritto attenuato nel sistema delle fonti, la loro collocazione come fonti in una struttura reticolare a vocazione gerarchica dove la normatività viene graduata rispetto alle altre fonti di hard law, consente, ora, di poter affrontare, con una classificazione già definita e con alcune risposte ai numerosi interrogativi che tali atti pongono, il tema specifico delle linee guida, la categoria più controversa della modernità.

Queste ultime coinvolgono, ormai da diverso tempo, numerose problematiche afferenti alcuni tra i settori più delicati del diritto quali quello ambientale, della salute, delle Autorità indipendenti ove tali strumenti incidono direttamente su beni di rango primario ed anche costituzionale.

È per questa ragione che è opportuno studiarle ed approfondire le questioni più complesse che esse pongono in ordine innanzitutto: al loro passaggio da categoria extra giuridica a categoria del diritto come fonte a tutti gli effetti; in secondo luogo alla loro natura giuridica se è possibile individuarle nel rapporto con altri istituti limitrofi ed in tal modo provare a fornirne una definizione quanto più possibile esaustiva.

Va anche ricostruita la posizione della giurisprudenza civile, penale ed amministrativa ed in particolare di quella costituzionale su questo complesso tema. Infine, è imprescindibile l'analisi di alcune tipologie di linee guida, vale a dire quelle del settore sanitario, ambientale e delle Autorità indipendenti, in particolare dell'Anac.

2. La nozione di linea guida: da categoria giuridica a fonte del diritto

Le linee guida si collocano nella c.d. *grey zone of law*⁶⁶¹, ovvero in quella zona che non è nè *hard law* e neppure *word of no law*⁶⁶²: esse hanno una loro giuridicità ormai incontestabile. Dobbiamo capire di che tipo di giuridicità si tratti e che conseguenze comporti nell'ordinamento ritenere che tali atti siano attratti sempre più verso il mondo dell'*hard law* e sempre più allontanati da quello del *no word law*.

Le linee guida si stanno sempre più trasformando nelle nuove regole normative del nostro tempo,⁶⁶³ prive della forma della legge, ma capaci di stabilire dei vincoli giuridici. Si riferisce ad esse sempre più come ad una categoria giuridica, come dimostrato dal diritto sanitario, ambientale, dell'energia e delle autorità amministrative indipendenti⁶⁶⁴.

Inizialmente, nell'ambito sanitario, le linee guida si sono imposte come strumento di supporto tecnico per medici ed operatori sanitari⁶⁶⁵ che necessitavano, sia di una guida tecnica nell'esercizio dei loro compiti, sia di uniformare le prassi applicative.

Il passaggio da strumento tecnico a giuridico è avvenuto in ragione della loro progressiva diffusione in un sempre crescente numero di ambiti, come dimostrano le esperienze delle Autorità indipendenti.

Pertanto nel tempo si è posto il problema della loro definizione e della loro qualificazione, oltre che della loro collocazione nel sistema delle fonti, in quanto atti regolativi anomali di cui si riconosce un ruolo di fatto paragonabile a quello di veri e propri atti normativi.

⁶⁶¹ Di "*grey zone of law*" riferiscono PETERS A., KOECHLIN L., FENNER ZINKERNAGEL G., *Non state actors as standard setters*, 2009, Cambridge University Press.

⁶⁶² Si veda la nota distinzione formulata da CASSESE E WEILER, op.cit., 74

⁶⁶³ ITALIA V., *Le linee guida e le leggi*, Giuffrè, 2016. Non solo, ma le linee guida stanno iniziando proprio a sostituire atti normativi. Si richiama l'esempio delle regole tecniche quale strumento normativo idoneo alla digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, da adottarsi normalmente con decreto ministeriale che oggi sono state sostituite da "Linee guida" adottate dall'AgID, con conseguenti riflessioni in ordine alla collocazione, nel sistema delle fonti. CAPORALE M., *Dalle smart cities alla cittadinanza digitale*, www.federalismi.it, 2/2020, 37.

⁶⁶⁴ Per alcuni primi spunti, MORBIDELLI G., *Degli effetti giuridici della soft law*, (Editoriale), in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016,1; MANETTI M., *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee guida Anac*, in *Diritto Costituzionale*, rivista quadrimestrale, 1/2019; GHEZZI F., PINI GIAN G.D., *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. soc.*, 2015, fasc. 6, 1196 e ss.; DI COSIMO G., *Sul ricorso alle linee guida da parte del Garante per la "privacy"*, 2011, in <http://www.osservatoriosullefonti.it/note-e-commenti>.

⁶⁶⁵ FARES G., *Le linee guida nel sistema delle fonti: efficacia giuridica e centralità della procedura di accreditamenti*, in CARPANI G., FARES G., (a cura di), *Guida alle nuove norme sulla responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, 2017, Torino, Giappichelli, 2017.

Un primo aspetto da evidenziare è che tali atti si sono inseriti nel sistema delle fonti al di fuori di una preventiva e compiuta disciplina in ordine alla loro determinazione, efficacia ed applicazione. Alla luce di ciò risulta necessario addivenire ad una definizione e ad una qualificazione di tale categoria, premettendo le difficoltà di darne una definizione. Ciò in quanto linea guida⁶⁶⁶ viene adoperato nel significato di raccomandazione, documento, indirizzo, orientamento, anche all'interno del medesimo documento, creando, prima di tutto, dei problemi definitivi/qualificatori di non poco momento.

Una parte della dottrina, Italia, ha ritenuto che fosse più opportuno chiamarle linee di comportamento in cui, in forma discorsiva viene indicato un divieto, una prescrizione in relazione a specifiche ipotesi.

Ciò può condurci ad una prima riflessione: le linee guida afferiscono al mondo dei comportamenti⁶⁶⁷ tendenti alla creazione del diritto quando raggiungono l'effetto normativo. Tale riflessione porterebbe ad attrarre le linee guida nell'ambito della soft law, ovvero di tutte quelle fonti che, attraverso il canone dell'effettività, vengono collocate nel sistema.

Rispetto alla loro diffusione, le linee guida si rinvencono in settori afferenti più alla scienza che al diritto, come dimostra quello sanitario.

Nel 1990 l'*Institute of Medicine* (IOM) statunitense le definì quali *“raccomandazioni sviluppate sinteticamente per assistere professionisti e pazienti nella scelta delle modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche”*. Nel 2001, a seguito di una ricerca condotta per identificare gli elementi necessari a sviluppare le linee guida, lo stesso IOM le definì come *“documenti che includono raccomandazioni finalizzate ad ottimizzare l'assistenza al paziente fondate su una revisione sistematiche delle prove di efficacia e su una valutazione di benefici e danni di opzioni assistenziali alternative”*.

Nel loro primo utilizzo le linee guida fungevano da strumento interpretativo volte non solo a valutare la correttezza dell'operato medico, ma anche a ricostruire la successione causale degli eventi, la cui finalità era esplicitare le alternative di trattamento e i loro effetti sugli esiti ed al contempo uniformare le diverse modalità degli approcci terapeutici.

Anche nel nostro ordinamento le linee guida hanno trovato la loro prima diffusione nell'ambito sanitario come *«raccomandazioni di comportamento clinico, prodotte attraverso un processo sistematico, allo scopo di assistere i medici e i pazienti che devono esprimere il proprio consenso nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche»*. Ovvero *«raccomandazioni, elaborate da gruppi di*

⁶⁶⁶ Italia suggerisce di soffermarsi sul termine *guida* poiché esso indica che vi è una potestà decisionale di condurre, tracciare una strada, guidare e, unito al termine *linea*, indica un obiettivo, stabilendo linee che andranno seguite tra quelle ritenute più opportune. In tal senso Italia ritiene che se è vero che la linea dovrà in qualche modo essere seguita, allora ciò esprime un ordine ovvero *“si ordina”* di raggiungere un certo obiettivo, procedendo entro determinate linee. ITALIA, op.cit., 6,7.

⁶⁶⁷ ESPOSITO, *La Consuetudine*, op.cit., 308 ed anche CATANIA, op.cit. e SORRENTINO, op.cit., 24.

lavoro composti da vari studiosi (esperti), che indicano le condotte terapeutiche da adottare in relazione a determinati frangenti clinici, ovvero comportamenti da tenere al fine di curare una determinata malattia partendo dal presupposto che sia possibile con certezza o quasi certezza la guarigione».

E' proprio nel settore sanitario, come si approfondirà nel prosieguo, che, con l'avvento prima della legge n.189/2012 (c.d. legge Balduzzi) e poi con la l. 24/ 2017 (c.d. legge Gelli-Bianco), le linee guida fungono da *parametro integrativo* per valutare la sussistenza della responsabilità del medico, ovvero la sua imperizia sotto il profilo sia civile sia penale.

Gradualmente, le linee guida cominciano a occupare uno spazio consistente in diversi settori e vengono in due categorie: la prima concerne quelle che sono frutto di esperienze dei privati o di determinati gruppi professionali e nelle quali viene suggerita una determinata condotta da tenere. Il loro mancato rispetto può condurre ad una sanzione sociale o una responsabilità disciplinare; esse possono inoltre essere usate dal giudice come metro per valutare l'esistenza di una determinata responsabilità. Diversamente, la seconda categoria (che è quella di interesse principale per il presente lavoro), concerne linee guida che sono espressione di un soggetto pubblico (ad es. un'Autorità indipendente) che mediante esse integra la legge primaria che con un rinvio fisso rinvia alle linee guida. Pertanto, esse vincolano formalmente i destinatari che devono dimostrare se si discostano dal loro contenuto. In merito al rapporto che si realizza tra la linea guida e la legge che da essa viene completata o integrata, il solo richiamo della linea guida all'interno della legge, implica che essa acquisisca il medesimo rango e posizione della legge stessa.

Si richiamano a titolo di esempio: (i) le linee guida redatte dal Ministero delle politiche agricole di supporto alla normativa primaria come «indicazioni ed informazioni» relative alla sana alimentazione; (ii) le linee guida in materia di salute e sicurezza, contenute all'art. 2, c. 1, lett. z), D. Lgs. 81/08, come «*atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza predisposti dai ministeri, dalle regioni, dall'ISPESEL e dall'INAIL e approvati in sede di Conferenza Stato-Regioni*».

La sempre maggior diffusione di tali atti viene influenzata anche dalla forma che essi assumono: possono indicare, attraverso una forma discorsiva, divieti, deroghe e regole di comportamento in riferimento a specifiche ipotesi. Le linee guida appaiono come un *contenitore* flessibile capace di attuare in modo più rapido e malleabile la normativa cui si riferiscono⁶⁶⁸. Si tratta di strumenti che non possiedono un carattere impositivo nei confronti dei soggetti cui sono rivolti, privi della previsione espressa di una sanzione o di una conseguenza giuridicamente rilevante.

Le prime problematiche sono sorte quando, pur mantenendo la loro forma flessibile, le linee guida hanno cominciato ad assumere un contenuto sempre più inframmezzato da espressioni redatte in

⁶⁶⁸ MANETTI, op.cit., 70.

un linguaggio prescrittivo⁶⁶⁹, finendo così per sostituirsi alla normativa primaria, come avvenuto ad esempio con le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito Anac)⁶⁷⁰. Le linee guida, composte da *muessen* e *sollen*, nel prescrivere comportamenti sono diventate sempre più una categoria giuridica priva di una cornice tradizionale, come quella delle leggi o dei regolamenti. Si è così arrivati a mettere in discussione la tenuta del principio di legalità che risulterebbe essere «largamente violato»⁶⁷¹.

Sul linguaggio delle linee guida, alcuni interpreti hanno formulato delle osservazioni, afferenti principalmente all'uso dei verbi ed al linguaggio performativo. Infatti, nelle linee guida si rintraccia l'uso del verbo all'indicativo e viene descritta una condotta attesa da parte dei percettori della regolazione, pur senza imporla secondo i crismi dei comandi imperativi (qualcuno ha parlato di comando implicito). In tal senso, le linee guida non si limitano a porre in essere le condizioni perché le cose accadano (prevedendo i comportamenti degli enti pubblici a fronte di determinate scelte regolatorie), ma enunciano, di fatto, dei veri e propri obblighi, pur attraverso un linguaggio diverso da quello tipicamente normativo, ovvero un linguaggio performativo, basato sul consiglio e non sul comando. Dalla lettura delle linee guida, si evince che, pur impiegando una sintassi tendenzialmente semplice e un lessico facilmente comprensibile, esse si limitano a prescrivere spesso, in maniera implicita o esplicita, determinate azioni, ritenendole necessarie, non sfruttando l'analisi preventiva della reazione dei percettori delle regole (ossia le amministrazioni pubbliche) per utilizzare una “*strategia regolatoria cognitiva*”⁶⁷² che, altrove, si è rivelata particolarmente efficace. Si possono distinguere tre elementi linguistici costanti nella produzione delle linee guida, ovvero l'utilizzo di verbi cosiddetti performativi; l'impiego di verbi modali espliciti, con prevalenza del modale «duro» dovere, su quello “morbido” potere; l'uso rafforzativo degli avverbi.

In particolare sui verbi performativi, va evidenziato che si intendono quei verbi che hanno la stessa forma dei verbi dichiarativi, ma, che, se pronunciati in una determinata circostanza, non descrivono un'azione, bensì coincidono con l'azione stessa, ovvero la performano. Le linee guida sono dense di verbi performativi, in due diverse costruzioni: presente indicativo semplice (terza persona singolare o prima persona plurale) e costruzione impersonale e verbo al presente. Anche i verbi performativi sono inseriti nelle linee guida, per introdurre dei veri e propri obblighi, pur senza sanzioni per l'inosservanza. Inoltre, nelle linee guida sono presenti delle forme verbali denominate “esercitive” che esprimono, un comando e sono tipiche del lessico giuridico e di quelle “espositive”

⁶⁶⁹ MORRONE, op.cit., 209.

⁶⁷⁰ MANETTI, op.cit., 71.

⁶⁷¹ DEODATO C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it; MORBIDELLI G., *Le linee guida ANAC*, in *Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market design e gli aspetti di governance*, Atti degli Atelier AIDEN 2017, Milano, Giuffrè; SERGES G., *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in Osservatorio sulle fonti, Anno X- Fascicolo 3/2017.

⁶⁷² VALAGUZZA, op.cit.

che hanno la funzione di spiegare, chiarire ed argomentare un enunciato. Nel caso, ad es. delle linee guida dell'Autorità Anticorruzione, come si vedrà, il valore pragmatico di questi verbi, che comportano un'azione, è aumentato dall'autorevolezza del soggetto regolatore, dal quale proviene il suggerimento o la ricostruzione ritenuta coerente con il quadro delle fonti primarie⁶⁷³.

È con l'avvento delle linee guida dell'Anac che si inizia veramente a ritenere che tale strumento possa essere accostato a vere e proprie norme.

Come noto l'art. 1, comma 1, lett. t) l. delega n. 11/2016, disponeva che il decreto delegato 50/2016, attribuisse all'Anac "... poteri di ... adozione di atti di indirizzo...quali linee guida...ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante" in materia di vigilanza e controllo sui contratti pubblici oltre che attività di regolazione degli stessi⁶⁷⁴. Ciò ha condotto all'adozione, da parte dell'Anac di numerose linee guida che si distinguono in vincolanti e non vincolanti, quali categorie distinte aventi portata diversa⁶⁷⁵, anche se l'esistenza di due tipologie di linee guida dai confini incerti ha condotto a molteplici problematiche, teoriche ed applicative⁶⁷⁶, che potranno forse trovare una soluzione nel dl n. 32/2019, come convertito dalla l. 55/2019 (c.d. Sblocca Cantieri)⁶⁷⁷.

Secondo gli interpreti non è certo che le linee guida costituiscano una tipologia di fonti, se per fonti si intendono i fatti cui è riconosciuta la capacità di modificare od innovare l'ordinamento⁶⁷⁸; ciò in quanto le linee guida, lo dice la parola stessa, guidano il destinatario a rispettarle nell'esercizio della

⁶⁷³ Si richiama ad es. la linea guida n. 4, sull'affidamento dei lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, la quale prevede che "In ottemperanza agli obblighi di motivazione del provvedimento amministrativo sanciti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 e al fine di assicurare la massima trasparenza, la stazione appaltante motiva adeguatamente (n.d.r. deve motivare) in merito alla scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione"; in tal modo si introduce un comando implicito, nel senso che l'Autorità richiede che la stazione appaltante motivi in conformità a quanto stabilito nella linea guida.

⁶⁷⁴ Secondo una parte della dottrina se la funzione di tali linee guida è quella di integrare la disciplina primaria contenuta nel codice dei contratti pubblici e attuare le direttive UE al fine di regolare le gare, esse vanno intese come atti normativi il cui contenuto impone vere e proprie regole. SERGES 2017,12.

⁶⁷⁵ CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. n.2/2017; MARI N., *Linee guida ANAC: la soft law e la gerarchia delle fonti*, in www.italiappalti.it, 2017.

⁶⁷⁶ In un primo tempo, le linee guida vincolanti vennero considerate quali norme vere e proprie, al contrario di quelle non vincolanti che, contenendo prescrizioni più o meno stringenti per le stazioni appaltanti, presentavano un diverso grado di efficacia, in quanto «espressione del potere di direttiva», tanto che nel testo della legge delega 11 del 2016 all'art. 1, comma 1, lett. t), vengono definite come «atti di indirizzo» ovvero strumenti che danno istruzioni alle stazioni appaltanti. Tuttavia dalla loro concreta osservazione, una parte della dottrina oggi ritiene che la portata prescrittiva delle linee guida sia la stessa, siano esse vincolanti o non vincolanti, nel senso che «sono da osservare a meno che non sia dimostrabile che vi sono ragioni per non osservarle» e che sono tutte ugualmente soggette al sindacato giurisdizionale secondo una geometria variabile in base alla loro portata e alla materia cui si riferiscono, Morbidelli, 2017, 14-15.

⁶⁷⁷ Nel dl 32/2019 è previsto che con un decreto del P.d.r., (su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti), vengano sostituite le Linee Guida Anac in una serie di materie previste dal Codice. Tale decreto conterrà un regolamento unico recante le disposizioni attuative, esecutive e integrative del codice appalti.

⁶⁷⁸ PERASSI T. (a cura di), *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, Cedam, 1967, 45-46; SANDULLI A.M., *fonti del diritto*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, VII, 1961 524, 533; GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, 45.

propria funzione (ruolo, professione ecc.), ma non è detto che per ciò solo siano in grado di incidere sull'ordinamento giuridico, innovandolo e producendo effetti sulla sfera soggettiva dei consociati. Tuttavia, appare oggi preponderante l'idea che si tratterebbe di vere e proprie fonti non primarie, appartenenti alla fascia delle «fonti secondarie e dintorni» o «di fonti e quasi fonti» difficilmente tipizzabili. Si evince pertanto un disorientamento nei confronti di questa particolare eterogena ed atipica categoria. Per alcuni si atpeggia a vera fonte del diritto compatibile con il sistema costituzionale, addirittura come fonte atto, poiché ad esempio nell'ambito sanitario «*imputa ad un soggetto un potere normativo e prefigura un procedimento di formazione e contenuto dell'atto, inteso nell'accezione di documento contenente le prescrizioni che vincolano l'operato dell'esercente la professione sanitaria*»⁶⁷⁹. A tale posizione si contrappone quella di coloro che, valorizzandone i soli profili tecnici, riconduce le linee guida «al fenomeno della normazione tecnica di fonte privata», in funzione integrativa delle disposizioni legislative⁶⁸⁰. Inoltre, non possono essere ritenute fonti atto, per lo meno fino a che non venga modificato l'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale; altrimenti esso verrebbe violato ed insieme anche il principio di tassatività delle fonti.

Si tratterebbe quindi di fonti fatto, secondarie e secondo alcuni addirittura terziarie⁶⁸¹ che non possono essere prive di una previsione primaria legislativa che le autorizzi, dovendo tale previsione essere contenuta in una legge di delega in cui vengano indicate l'ente, l'organo o l'autorità che possano emanarle.

Infatti generalmente le linee guida si pongono in un rapporto di dipendenza con la normativa primaria laddove sono integrative, sussidiarie o di dettaglio di quest'ultima nel senso che, come verrà spiegato in maniera diffusa nella parte dedicata alla posizione della Corte Costituzionale sulle linee guida, esse si pongono a completamento o precisazione di una norma primaria a cui vengono collegate ed annesse. Sovente hanno la funzione di integrarla sotto il profilo tecnico specialistico (come ad es. in tema di energia, ambiente) ed è questa una delle ragioni per cui alcuni interpreti le ritengono prossime alla categoria delle norme tecniche.

Altro aspetto correlato del rapporto tra le linee guida e le norme primarie, riguarda le sanzioni. Infatti, spesso la mancanza di sanzione per l'inosservanza della linea guida non è assoluta poiché la sanzione è presente nella norma legislativa o regolamentare a cui la linea guida è legata, ma come sanzione per il mancato rispetto di quanto prescritto dalla legge o dal regolamento. Quindi in realtà la linea guida dipende indirettamente dalla legge o dal regolamento.

⁶⁷⁹ FARES, op.cit., 100.

⁶⁸⁰ MOSCARINI A., *Fonti dei privati e globalizzazione*, 2015, Roma, Luiss University Press, 63.

⁶⁸¹ Come teorizzato da una parte degli interpreti. Si richiama in particolare il pensiero di MAZZAMUTO, op.cit.

Pur essendo eterogenee ed atipiche, gli interpreti hanno ritenuto che le linee guida fossero ascrivibili all'interno di un loro specifico «sistema originale di norme secondarie»⁶⁸², proprio perché non riconducibili ad altri specifici atti, in considerazione della teoria secondo cui le fonti si completano per articolazione in una pluralità di sottosistemi⁶⁸³ in cui ciascuno di essi «fa risuonare a modo suo l'intero modularsi delle fonti sia nel senso di una loro eventuale articolazione morfologica, sia nel senso del diverso atteggiarsi delle fonti tipiche in un intreccio indissolubile con i principi». Tale sottosistema, in particolare, sarebbe caratterizzato da snellezza e flessibilità⁶⁸⁴.

Pur volendo ritenerle fonti, e ammettendone un sistema che le contenga, tuttavia le linee guida non appartengono ancora ad una categoria unitaria poiché esse possono disciplinare qualunque materia sociale, economica e giuridica⁶⁸⁵ e per questo il loro contenuto risulta naturalmente atipico e mai predefinito dovendosi adattare alla specifica materia cui afferiscono.

Infatti, non si tratterebbe di un istituto di portata generale, ma di una mera «*etichetta di contenitori diversi*»⁶⁸⁶, in cui risultano inserite tutte le linee guida senza alcuna distinzione in quanto tutte, sebbene con gradazioni diverse, risultano produttive di effetti giuridici.

Per questa ragione, la dottrina non ha mai assunto una posizione univoca, anzi si sono avvicinate le più diverse teorie, influenzate da numerosi fattori quali l'oggetto delle linee guida, la materia che riguardano e soprattutto le diverse definizioni che sono state date di esse quali raccomandazioni, indicazioni, documenti, indirizzi, prescrizioni tecniche.

La presenza di diverse posizioni nella dottrina è causata dall'eterogeneità delle linee guida, che fanno fatica ad essere costrette in una qualificazione giuridica univoca, aventi invece una vocazione ontologicamente polifunzionale, poiché a questa denominazione è ricondotta una gamma atipica di previsioni contenenti indicazioni che orientano l'attività di chi opera in un determinato settore. Pertanto, gli indicatori per riconoscere una linea guida sono molteplici e non possono costituire un numero chiuso: la sensibilità della materia, l'espressa esclusione per legge della loro natura vincolante o meno, la loro concreta formulazione se come precetto o come mero indirizzo, la capacità integrativa del dettato legislativo⁶⁸⁷.

Le varie opinioni le hanno ricondotte in generale a regole normative⁶⁸⁸ e, più nello specifico, dapprima alle circolari amministrative poiché dotate della stessa efficacia vincolante nei confronti

⁶⁸² BONA M., IADECOLA G., (a cura di) *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Giuffrè, 2009, 81; CHITI, op.cit., 436.

⁶⁸³ MAZZAMUTO, op.cit., 2.

⁶⁸⁴ DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in Urb. e app., n. 5/2016

⁶⁸⁵ ITALIA, op.cit.

⁶⁸⁶ MORBIDELLI, 2016, op.cit., 278.

⁶⁸⁷ MORBIDELLI 2017, op.cit., 9

⁶⁸⁸ ITALIA, op.cit.

degli apparati pubblici inseriti nell'organizzazione dell'ente che li emana⁶⁸⁹; poi ai regolamenti con i quali hanno punti di contatto e differenze⁶⁹⁰. Il regolamento nasce come un elemento di bilanciamento tra legislativo ed esecutivo, basato sugli artt. 1 e 4 delle disp. Sulla legge in generale e sull'art. 17 della legge n. 400 del 1988. Tuttavia, da tale impostazione classica, il ruolo del regolamento è profondamente cambiato e, ad es., come si avrà modo di approfondire nella parte dedicata alle linee guida Anac, queste ultime hanno sostituito il regolamento e che corrispondeva al Regolamento del codice dei contratti pubblici sulla base dell'idea per cui linee guida e regolamento svolgono la stessa funzione⁶⁹¹. Tuttavia, pur sembrando che si possa fare un uso promiscuo di regolamento e linea guida, come nel caso dell'Anac, tuttavia tra i due atti permangono delle differenze. Intanto le linee guida vengono poste in essere da un'Autorità diversa dal Governo ed anzi vengono affidate generalmente ad un'Autorità particolare. Inoltre, rispetto ai regolamenti, le linee guida non sono disapplicabili in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, né utilizzabili dal giudice ordinario per disapplicare il provvedimento che contravvenga alla disciplina in essi contenuta.

Ancora, le linee guida sono state assimilate a fonti terziarie⁶⁹², alle norme interne⁶⁹³ o a norme tecniche⁶⁹⁴ ed ancora ad atti amministrativi generali⁶⁹⁵. Rispetto a questi ultimi, si tratta di atti amministrativi aventi portata generale, solo che, a differenza delle linee guida, non lasciano una discrezionalità ai soggetti a cui si rivolgono. Inoltre, tali atti sono stati ritenuti anche fonti *extra-ordinem* e questa, per alcuni aspetti, sembra la prospettazione più convincente.

Come noto per fonti *extra-ordinem* si intendono quelle prodotte da fonti che non sono previste come tali dall'ordinamento giuridico, non essendo prese in considerazione da norme sulla produzione. Come per le linee guida, le regole da esse create hanno in concreto uno spazio nella dinamica dei rapporti sociali ed anche in quelli economici. Difettando di una base legale, questo spazio discende

⁶⁸⁹ CAMMEO F., *A proposito di circolari e istruzioni* in Giur.it., 1920, III, 1; GIANNINI M.S., voce *Circolare*, in Enc. Dir., e CATELANI E., *le circolari della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1984; CATELANI E., *Aspetti ed attualità delle circolari, delle circolari normative della pubblica amministrazione* in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1993, 1030.

⁶⁹⁰ GIANNINI M.S., *Regolamento (in generale)*, in Enc. Dir. Ed anche nella nota sui regolamenti ministeriali (*a proposito degli ammassi dell'olio e dei vincoli sui prezzi*), in Foro it., 1950, I, 664. E anche MASSA, 2011, op.cit.

⁶⁹¹ ITALIA, op.cit., 20.

⁶⁹² Dall'osservazione in particolare delle linee guida Anac, alcuni studiosi hanno ricondotte le linee guida nell'alveo delle fonti terziarie del diritto amministrativo intese quali contenitori «di regole generali e astratte, idonee a disciplinare la materia in oggetto sostituendosi, nell'intento del Legislatore, ad atti regolamentari ed assumendo così una forza innovativa nell'ordinamento». LUTHER, op.cit., 68 e CINTIOLI, op.cit., 17.

⁶⁹³ ZANOBINI G., *Le norme interne di diritto pubblico*, in Riv. Dir. pubblico, 1915, 329; SILVESTRI E., *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950; Bassi F., *Le norme interne*, Milano, Giuffrè, 1963.

⁶⁹⁴ MOSCARINI, op.cit., 63 contra Manetti, la quale afferma che non sono norme tecniche ma neppure prettamente giuridiche «quanto piuttosto di natura etica o morale». MANETTI, op.cit., 73 ed anche si rinvia a GOMETZ G., *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Edizioni ETS, Pisa, 2008.

⁶⁹⁵ DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000.

essenzialmente dal principio di effettività⁶⁹⁶, alla luce del quale l'efficacia si misura in relazione, non a criteri di ordine formale, ma al rispetto in concreto prestato ad una determinata regola ed essi si affermano in virtù della loro capacità di essere accettati ed osservati come norme da parte dei consociati e su tale aspetto ovvero sulla spontanea osservanza di tali atti si può vagliare la prossimità delle linee guida alle fonti *extra-ordinem*.

In relazione a tale ultima considerazione, dobbiamo precisare che la maggioranza degli interpreti le hanno considerate espressione di soft law⁶⁹⁷, ovvero strumenti di diritto mite⁶⁹⁸, *droit souple*, diritto leggero. In questo senso, le linee guida costituirebbero una forma di *nudging*⁶⁹⁹, ovvero un vero e proprio «percorso di perdita del carattere verticale del diritto ma anche rimodellamento del suo criterio di legittimazione che non è più affidato alla forma ma piuttosto a un contenuto o a delle modalità che sappiano riscuotere l'adesione indipendentemente dalle sanzioni»⁷⁰⁰.

Ci si deve domandare se, ritenute, per la maggioranza degli interpreti, appartenenti alla soft law, le linee guida, possano davvero ritenersi vincolanti e normative al pari di alcuni atti che abbiamo già analizzato, soprattutto di quelli emanati dalle Autorità indipendenti.

Circa l'efficacia delle linee guida, essendo norme giuridiche, esse hanno una particolare efficacia sia sulle altre regole normative, sia sugli atti di Enti, organi ed Autorità a cui si indirizzano, sia sugli atti dei terzi. Tale efficacia subisce delle variazioni di intensità a seconda della materia, dei soggetti cui sono indirizzate, e a seconda delle posizioni e situazioni giuridiche. L'efficacia delle linee guida sulle altre regole normative si può tradurre, in primo luogo, in un vincolo di contenuto. Se in ipotesi ci

⁶⁹⁶ Corollario di ciò è che l'idoneità di questo tipo di fonti a produrre diritto non può affermarsi *ex ante*, ma soltanto *ex post*, dopo aver valutato la loro effettività in concreto e ciò si può rinvenire anche nelle linee guida ed in particolare in quelle dell'Anac.

⁶⁹⁷ L'espressione soft law nasce in seno alla dottrina internazionalistica di matrice anglosassone e costituisce il fenomeno in cui alcuni tipi di atti e fatti (definiti anche «regole morbide»), *lato sensu* normativi, sono accomunati dall'assenza dei caratteri propri delle norme giuridiche ovvero dalla mancanza di un'efficacia immediatamente vincolante e non sono espressione di comportamenti aventi carattere autoritativo. Si richiama il pensiero di DUPLESSIS, *op.cit.*, 2007 e di DUPUY M.P., *op.cit.* 1991.

⁶⁹⁸ GIUFFRÈ A.G., *Le nuove dimensioni del regolamento, le linee guida ANAC*, 2017 in www.federalismi.it; TORCHIA L., Intervento al convegno *Soft regulation e principi dell'ordinamento*, Luiss Guido Carli, 6 ottobre 2016 (inedito a stampa).

⁶⁹⁹ La teoria del nudge è stata proposta da Thaler e Sunstein THALER V.R., SUNSTEIN C.R., *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2009, e SUNSTEIN C.R., *Effetto nudge*, Milano, Feltrinelli, 2015 e prima ancora, THALER V.R., SUNSTEIN C.R., *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, New Haven, 2008. Mediante il ricorso ad alcune ricerche nell'ambito delle scienze sociali sono state applicate le teorie sulla "predittività" dei comportamenti umani all'azione regolatoria delle istituzioni e all'economia, proponendo un modello di regolazione flessibile. Il punto nodale della teoria dei due studiosi è questo: per migliorare l'azione delle istituzioni affinché agiscano al «meglio», si devono unire due concetti rivali, il paternalismo, ossia la tendenza delle istituzioni a imporre le proprie scelte e la libertà di scelta degli individui. Fra i più recenti contribute si segnalano ancora SUNSTEIN C., *Nudges vs. shoves*, in *Harvard Law Review Forum*, 2014, 210 ss.; ID., *Do people like nudges?*, in *Administrative Law Review*, 2015, 1 ss.; ID., *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; ID., *Regulation as delegation*, in *Journal of Legal Analysis*, 2015, 1 ss.; ID., *Nudges That Fail*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2017, 4 ss.; SUNSTEIN C., REISCH L.A., *The Economics of Nudge*, London-New York, 2017. Nella nostra letteratura, NAPOLITANO G., *Liberalizzazioni e buona amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 293 ss.; RANGONE N., *Regolazione e scienze cognitive dopo l'“executive order” di Obama*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 16 ss.

⁷⁰⁰ SUNSTEIN C.R., *Semplice, l'arte del governo nel terzo millennio*, Giuffrè, 2014; FERRARESE A.M., *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010, 38.

troviamo al cospetto di linee guida in materia di salute già disciplinate da norme giuridiche statali equiordinate alla legge che ha attribuito la potestà di emanarle, dobbiamo chiederci se queste linee guida possono stabilire dei vincoli di contenuto a queste norme. La risposta deve essere negativa poiché esse non incidono direttamente sulle norme, abrogandole o modificandole in modo implicito. Il vincolo su di esse è circoscritto solo per la loro interpretazione.

Quando l'efficacia delle linee guida si spiega verso l'attività amministrativa di enti ed organi o Autorità che ha la potestà di emanare le linee guida, l'efficacia di tali linee guida sarà vincolante ed un'attività ad esse contraria potrà essere equiparata alla violazione di legge.

Oltre ad essere regole normative, le linee guida sono anche ritenute, da una parte della dottrina⁷⁰¹, norme interpretative delle norme di legge e dei regolamenti. L'interpretazione in questo caso sarà letterale, finalistica e sistematica: *letterale* tenendo presente il significato proprio delle parole e la loro connessione, oltre che le parole così come inserite nell'enunciato; *finalistica*, perché rispetto alle linee guida, la prima cosa da tenere in conto è la loro finalità⁷⁰². In fine andrà effettuata un'interpretazione *sistematica* delle linee guida in cui gli enunciati, le frasi i contenuti di esse devono essere considerati in relazione alle norme gerarchicamente superiori e ai principi. Ciò a voler ritenere che sia ancora vigente un principio di gerarchia pura. Diversamente, se riteniamo che il sistema delle fonti sia rappresentato da una rete a vocazione gerarchica strutturato secondo una normatività graduata, il rispetto della normativa sovraordinata andrà tenuto in considerazione sì, ma non più entro la rigida gerarchia. Rispetto a tale ultima precisazione, ovvero l'ipotesi di disapplicazione della linea guida se in contrasto con una norma gerarchicamente superiore, una parte della dottrina⁷⁰³ precisa che ciò dovrebbe avvenire difficilmente poiché, esse sono annesse od incorporate nella norma primaria, ed infatti, nella maggioranza dei casi, lo scopo delle linee guida è quello di dare attuazione alle norme gerarchicamente superiori o ai principi.

Ancora, è stata proposta una riconduzione delle linee guida alla categoria delle direttive⁷⁰⁴, poiché esse non vincolano il destinatario che non ha l'obbligo di conformarsi ad esse, ma di tenerle presenti e “*non discostarsene senza un motivo plausibile*”⁷⁰⁵.

Dalla lettura delle linee guida in generale, esse presentano (i) una potestà attribuita da una legge o da un ente, organo o Autorità pubblica⁷⁰⁶; (ii) dalle caratteristiche della potestà di

⁷⁰¹ ITALIA, op.cit., 77.

⁷⁰² Si richiama ad esempio il caso delle linee guida Anac rispetto a cui va tenuta in considerazione la finalità della trasparenza, della lotta alla corruzione e quindi il valore degli enunciati va considerato sempre in relazione a tali finalità.

⁷⁰³ ITALIA, op.cit., 83.

⁷⁰⁴ MORBIDELLI, op.cit., 2016, 273.

⁷⁰⁵ D'ALBERGO S., *Direttiva* (voce), in Enc.dir., XII, Milano, 1964, 603.

⁷⁰⁶ In molti casi c'è una legge che attribuisce ad un Ente, organo o Autorità, la potestà di emanare le linee guida; in altri casi enti organi ed Autorità emanano le linee guida sulla base della loro potestà di autoorganizzazione, ma, rispetto a questa seconda ipotesi, si pone il problema di una giustificazione della potestà.

autoorganizzazione che hanno determinati enti, organi ed Autorità; (iii) il contenuto e le prescrizioni sostanziali (pur affermando di contenere solo indicazioni e raccomandazioni).

Il vincolo giuridico quindi si genera in seno alle linee guida stesse che possono, in base alla materia e all'obiettivo, lasciare o meno all'Ente o all'organo uno spazio di discrezionalità.

In merito alla funzione che esercitano, si tratta di più funzioni insieme tra loro concatenate: infatti, all'interno della linea guida, prima si stabilisce l'obiettivo poi si indicano le principali modalità per perseguirlo con divieti e condizioni. Ciò si realizza in materie dove vi sono delle attività espressione di autonomia (contrattuale ed economica) e quindi l'ente emanante ha maggior discrezionalità ed altre in cui sono presenti numerosi vincoli.

3. Le linee guida al cospetto della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato

In merito alle Corti, due sono gli aspetti su cui concentrarsi.

Il primo aspetto concerne il quesito se sia possibile ricorrere direttamente alle Autorità giurisdizionali ordinarie contro le linee guida o se si debbano impugnare gli atti applicativi di esse. In realtà si può sia proporre ricorso contro le linee guida nell'ipotesi che siano esse a ledere direttamente la situazione di diritto soggettivo; sia si può proporre ricorso contro gli atti applicativi di esse se ledono la situazione giuridica.

Se esse ledono un diritto soggettivo, si può adire la giurisdizione ordinaria, se un interesse legittimo invece verrà adita la giurisdizione amministrativa; se provocano un danno erariale può essere adita la Corte dei Conti.

Dobbiamo premettere che, in generale, le linee guida creano un vincolo, anche generico, che coinvolge l'attività del giudice che ne deve tenere conto dato che esse fanno parte delle regole normative e quindi dello *ius*⁷⁰⁷. Se il giudice dovesse reputare la linea guida in contrasto con altre norme gerarchicamente superiori o con i principi, potrà disapplicarla.

Il secondo aspetto concerne la posizione delle Corti, civile, penale ed amministrativa sulle linee guida e sul loro valore giuridico.

Si deve premettere che, non vi è stato, nell'elaborazione delle Corti un vero e proprio "*percorso evolutivo*" in materie di linee guida. Le Corti, quando è stato necessario e funzionale alla questione oggetto della pronuncia, hanno definito tale categoria giuridica. Per tale ragione, si è scelto di

⁷⁰⁷ ITALIA V., op.cit., 33.

richiamare poche e recenti pronunce, da cui è possibile trarre uno spunto sulla attuale posizione delle Corti, penale, civile ed amministrativa.

La giurisprudenza penale le ha definite (Cass. Pen. sent. n. 28187/2018), quali raccomandazioni e direttive di massima per l'esercente la professione sanitaria. Recentemente, (Cass. Pen. sent. n. 9447/2019) è stato precisato che, se quest'ultimo si discosta da esse, ciò, più che rilevare in termini di responsabilità, incide sulla determinazione del trattamento sanzionatorio.⁷⁰⁸

In merito alla seconda, ovvero la giurisprudenza civile, secondo una recentissima sentenza (Cass. Civ. sent. n. 10018/2019) le linee-guida sono atto di normazione secondaria e costituiscono «*in un ambito esclusivamente tecnico, il completamento del principio contenuto nella disposizione legislativa*», diretto «*strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia*»⁷⁰⁹.

Infine, la giurisprudenza amministrativa, ha avuto numerose oscillazioni in tema di linee guida.

Con una sentenza del 18 settembre 2015 n. 4358, il Consiglio di Stato aveva qualificato le indicazioni dell'Anac quali “*canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, la cui violazione integra un'ipotesi di negligenza ai sensi dell'art. 70 comma 1 lett. a) del dpr 207/2010, essendo all'Autorità riconosciuto il ruolo di garante dell'efficienza e del corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore dei contratti pubblici e quindi del sistema di qualificazione, nonché penetranti poteri di vigilanza e controllo sulle singole attestazioni di qualificazione*” ed inoltre aveva anche precisato che “*a prescindere dal loro inquadramento dogmatico, ad esse bisogna attenersi scrupolosamente*”.

Attraverso alcuni pareri, il Consiglio di Stato⁷¹⁰, in un primo momento, aveva ricondotto le linee guida, in particolare quelle dell'Anac, ai regolamenti. Successivamente però aveva negato tale natura⁷¹¹. Il Tar del Lazio (ord. n. 517/2018), pronunciandosi su un ricorso proposto da

⁷⁰⁸ La Cassazione penale ha precisato che «in tema di responsabilità medica, le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5, legge 8 marzo 2017, n. 24, benché non costituiscano veri e propri precetti cautelari vincolanti, tali da integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, rappresentano i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza e perizia, cosicché, in caso di accertata violazione di linee guida adeguate al caso concreto, la verifica del grado della colpa non rileva ai fini dell'affermazione della responsabilità, ma può rilevare ai fini del trattamento sanzionatorio ed ai fini delle conseguenze civilistiche di tipo risarcitorio».

⁷⁰⁹ È interessante richiamare una sentenza (Cass. Civ. n.11/2014) in cui la Corte definisce le linee guida come un corpo unico con la disposizione legislativa che le prevede e che ad esse affida il compito di individuare le specifiche caratteristiche della fattispecie tecnica proprio perchè frutto di conoscenze periferiche o addirittura estranee a quelle di carattere giuridico.

⁷¹⁰ Con un parere che risale al 2008, il Consiglio di Stato aveva definito le linee guida già quali espressioni di un potere di direttiva con cui si indicano le modalità attuative di un precetto normativo non attraverso regole cogenti e vincolanti. Successivamente, il Consiglio di Stato sulla natura delle linee guida Anac, in principio aveva dedotto la loro normatività dal combinato tra gli effetti vincolanti ed il carattere generale ed astratto proprio dei regolamenti e quindi aveva precisato in un parere (Comm. Spec., 2 agosto n. 1767/2016 4.2.) che «daddove si tratti di linee guida vincolati, l'Autorità delinea in modo chiaro e preciso il precetto vincolante da osservare da parte dei destinatari, pubblici e privati», arrivando così ad inquadrarle come una proposizione prescrittiva innovativa ed autonoma. Con un successivo parere (Comm. Spec., 3 novembre n. 2284/2016) aveva asserito che «*le linee guida possono assumere una portata normativa vera e propria, o una portata regolatoria di soft law*».

⁷¹¹ Il Consiglio di Stato (Comm. Spec., 29 maggio n. 1257/2017) ha negato che le linee guida si possano considerare alla stregua di un atto regolamentare e ha precisato che esse servono solo a chiarire «la portata applicativa e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti da una normativa».

un'associazione di imprese contro l'aggiornamento, da parte dell'Anac, di determinate linee guida, recentemente ha ritenuto che le linee guida abbiano *«una finalità istruttiva, richiamando e non parafrasando i precetti normativi, al fine di evidenziare i punti che necessitano di una reale scelta interpretativa»*. In seguito, lo stesso Tar del Lazio (sent. n. 7934/2019) ha confermato che le linee guida non fissano regole di carattere precettivo, ma si atteggianno soltanto quale strumento di regolazione flessibile con una funzione ricognitiva di principi di carattere generale e di ausilio interpretativo alle amministrazioni cui sono rivolte.

Con sentenza del 31 ottobre 2019 n. 2093, il Tar Milano ha fornito alcuni spunti di riflessione in tema di qualificazione delle linee guida della Regione Lombardia, in tema di “criteri igienici e di sicurezza in edilizia rurale”, asserendo che tutte le previsioni contenute nelle Linee Guida, in quanto si tratta di indicazioni fornite dalla Regione in una materia di sua competenza, approvate con atto autoritativo e che si ispirano alla migliore scienza ed esperienza del momento storico, costituiscono *“un atto d'indirizzo che persegue lo scopo di esplicitare le best practices del settore e di fornire indirizzi e istruzioni operative alle amministrazioni tenute ad applicare la normativa statale e regionale in materia di agricoltura”*. La Regione, pertanto, definisce le regole contenute in tali Linee Guida come il frutto *“dello stato dell'arte e di quanto disponibile e collaudato presente sul mercato”*. Ne consegue che la previsione secondo la quale *“i parametri e le soluzioni indicate non devono essere interpretati come inderogabili, ma come strumenti per garantire il risultato voluto rispetto agli obiettivi esplicitati”* attribuisce alle amministrazioni comunali il potere di derogare loro motivatamente, ma non le rende irrilevanti o bisognose di motivazione nel caso di applicazione positiva. Proprio perché costituiscono espressione della migliore scienza ed esperienza del momento storico, secondo il Tar, il potere comunale di deroga costituisce una mera facoltà, per cui non è possibile affermare l'illegittimità dei provvedimenti conformi alle Linee Guida per il solo fatto che si sono adeguate alle medesime.

Infine, lo scorso novembre, il Consiglio di Stato (sent. n. 7805/2019), ha precisato che *“va ribadita la non vincolatività delle linee-guida ANAC n. 2 del 2016 (ex multis, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018 n. 6026), le quali traggono la propria fonte di legittimazione nella generale previsione di cui al comma 2 dell'articolo 213 del d.lgs. n. 50 del 2016, di talché le stesse non risultano idonee a rappresentare parametro di legittimità delle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti nella fissazione delle regole di gara”*. Ed, ancora, il Consiglio di Stato ha aggiunto che *“esse, lungi dal fissare regole di carattere prescrittivo, si atteggianno soltanto quale strumento di “regolazione flessibile”, in quanto tale volto all'incremento “dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti”* ed ha fornito un' ulteriore precisazione volta a consolidare l'idea che le linee guida abbiano natura poliedrica, ovvero sia che nel caso di specie, poi, esse risultano *“ricognitive di principi di carattere generale”*, ivi compreso quello della lata discrezionalità che caratterizza le scelte dell'amministrazione in punto di individuazione dei criteri di valutazione delle offerte.

3.1 Le linee guida al cospetto della Corte Costituzionale

Il giudice delle leggi si è trovato a ragionare sulla natura delle linee guida, dando vita ad una giurisprudenza che testimonia indecisioni e ripensamenti.

In via generale la Corte ha stabilito che la legge, in particolare nell'ambito sanitario, primo fra quelli che, come noto, ha visto la maggior diffusione di linee guida, dovesse svolgere, nelle scelte diagnostiche e terapeutiche, un ruolo sussidiario rispetto alle linee guida. Nello specifico, con la sentenza n. 282 del 2002 la Corte ha precisato che *“salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è di norma il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione”*.⁷¹²

Invero, la Corte Costituzionale si è da sempre trovata al cospetto di atti atipici, il cui confine con le linee guida può risultare sfumato. Si tratta di atti sostanzialmente normativi per cui non è prescritta la forma regolamentare: per inquadrarli, la Corte ha prescelto il criterio c.d. sostanziale, qualificandoli dunque come atti di natura *«regolamentare»*, (sentt. nn. 232/2009, 247/2009, 63/2008, 51/2008, 94/2007 e 328/2006); così facendo la Corte ha confermato la possibile esistenza di fonti secondarie atipiche, che contengono un'indiretta capacità normativa, o meglio la capacità di integrare la disciplina legislativa⁷¹³. Questa sembra la funzione prevalentemente posta in essere dalle linee guida.

Con la sentenza n. 275/2011 (in particolare nel Considerato in diritto, §§ 3.1-4.2) la Corte aveva ricondotto le linee guida ai regolamenti, seguendo un approccio sostanziale che aveva adottato precedentemente per altre fonti definite come secondarie atipiche (Corte cost. sentt. n. 274/2010, § 4.2; n. 278/2010, § 16; n. 275/2011) e in particolare per i decreti governativi di natura non regolamentare⁷¹⁴.

⁷¹² Corte Cost. 19-26 giugno 2002 n. 282 in Giur. cost. 2002 con osservazioni di D'ATENA M., *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore* e di MORANA D., *La tutela della salute fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del titolo V. A proposito della sentenza n. 282 del 2002 della Corte Costituzionale* ed ancora LA MONACA G., SARTEA C., *Il diritto costituzionale alla salute tra norme giuridiche e pratica clinica. La giurisprudenza costituzionale recente: nuove forme di valorizzazione della prassi e della deontologia mediche* in *Il diritto della famiglia e delle persone*, 2001, 974.

⁷¹³ GIANNINI S.M., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, III, 1953, 9 ss.; MASSA M., *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, Jovene, 2011.

⁷¹⁴ MOSCARINI A., *Sui decreti del Governo «natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giur. Cost.*, 2008, 5075 ss.; PADULA C., *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Diritto pubblico*, 2010, 365 ss. MARCENO' V.,

Tale pronuncia ha riconosciuto natura regolamentare alle linee guida di cui al d.m. 10 settembre 2010, in quanto tale atto conteneva *«norme finalizzate a disciplinare, in via generale ed astratta, il procedimento di autorizzazione all'installazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili, alle quali [erano] vincolati tutti i soggetti, pubblici e privati, coinvolti nell'attività in questione»*. Veniva adoperato un argomento *a contrario* secondo cui le linee guida sono assimilate ai regolamenti, perché *non* sono inquadabili in altre tipologie di atti ma hanno comunque l'attitudine a disciplinare, in via generale ed astratta, la fattispecie individuata da una fonte primaria.

Pertanto le linee guida, integrando una determinata disciplina, in tal modo attuano concretamente un quadro disciplinare primario e, in relazione diretta od indiretta con esso acquisiscono un'efficacia vincolante funzionale alla portata primaria e superiore degli interessi coinvolti⁷¹⁵.

Sempre valorizzando il criterio sostanziale, rispetto al procedimento di adozione dell'atto, la Corte ha anche affermato che *«non possono essere requisiti di carattere formale, quali il nomen iuris e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento, a determinare di per sé l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare, giacché, in tal caso, sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie, surrettiziamente rivestite di altra forma, laddove ciò non sarebbe consentito»* (Corte cost., sent. n. 278/2010, § 16). Anche per questa via la Corte conferma l'adesione ad un approccio sostanziale che garantisce, senza tutti i vincoli di un approccio formale, l'ingresso dell'atto di normazione secondaria nel sistema, secondo la prassi prevista per gli strumenti regolatori atipici quali appunto le linee guida⁷¹⁶. La Corte, nel valorizzare l'approccio sostanziale, esclude che il problema della natura dell'atto si debba risolvere esclusivamente ed automaticamente sulla base di elementi formali quali il richiamo all'art. 17 della l. 400/1988, la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, la numerazione degli atti⁷¹⁷.

Qualora le linee guida fossero davvero assimilabili ad atti di normazione secondaria statale atipica, ci si dovrebbe domandare come ciò si concili con le ipotesi in cui vi sia una materia di competenza concorrente tra Stato e Regioni e quindi come sia possibile superare un'eventuale violazione dell'art. 117, sesto comma Cost. La risposta della Corte è duplice: in primo luogo, le linee guida non sono regolamenti, bensì atti esecutivi che integrano, a certe condizioni, la norma primaria che ad esse rinvia affidando loro la specificazione dei principi, recati dalla stessa norma primaria, sotto un profilo tecnico (cfr. Corte cost., sent n. 284/2016); in secondo luogo, l'adozione delle linee guida può essere ricondotta al meccanismo della c.d. chiamata in sussidiarietà, secondo cui lo Stato può

Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti, 2011, in Giur. Cost., 999 ss. DURANTE N., *La non idoneità delle aree e dei siti all'installazione di impianti di produzione di energia alternativa*, in Riv. giur. edilizia, 2011, 227 ss.

⁷¹⁵ MARI, op.cit.

⁷¹⁶ RAMAJOLI, op.cit.

⁷¹⁷ LUPO E., *La nuova disciplina della pubblicazione degli atti normativi statali*, in Giur. cost. n. 6, pt. 1, 1987, 1167-1197.

esercitare funzioni amministrative in materie di competenza regionale per rispondere a «*superiori esigenze di unitarietà*» a condizione che sia sempre garantito il rispetto del principio di leale collaborazione⁷¹⁸, ad esempio garantendo che all'elaborazione delle linee guida cooperino i vari livelli di governo coinvolti⁷¹⁹.

È proprio in questo ordine di idee, diverso da quello di cui alla sentenza n. 275/2011, che la Corte ha negato, nella sentenza n. 278/2010, natura regolamentare alla potestà affidata, dalla legge 9 aprile n. 99/2009, al CIPE in materia di energia nucleare (art. 26, comma 1) circa la definizione delle «tipologie degli impianti per la produzione di energia elettrica nucleare che possono essere realizzati nel territorio nazionale». Secondo la Corte, la potestà affidata al CIPE non si concretizzava nella produzione di norme generali ed astratte, conformi alla previsione normativa, ma era invece espressiva di scelte di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione perseguiva la cura degli interessi pubblici a essa affidati dalla legge, individuando le tipologie di impianti idonee, in concreto e mediante un solo atto, la cui efficacia si esauriva e si consumava entro i limiti, obiettivi e temporali, della scelta stessa.

Nella sentenza richiamata la Corte da una parte si allontana da una qualificazione regolamentare dell'atto (vale a dire, dalla sua qualificazione come atto sostanzialmente, anche se non formalmente, regolamentare) e dall'altra ne valorizza il carattere tecnico. È necessario soffermarsi ora su questo aspetto, perché, come detto, le linee guida confinano da un lato con i regolamenti atipici, dall'altro appunto con le norme tecniche⁷²⁰. Infatti, le linee guida presentano un'intrinseca tecnicità, in quanto finalizzate proprio alla risoluzione, gestione e definizione di aspetti tecnici riguardanti un certo settore. Sul punto, la Corte in un'altra pronuncia ha affermato che le linee guida, di per sé sole, non possono assurgere al rango di normativa interposta, ma è diverso se esse «*wengano strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia*» (sent. n. 11/2014, § 6.1). Qual è dunque, se esiste, la differenza, seppur sottile, tra linee guida e norme tecniche? Guardando alla funzione delle prime, ovvero disciplinare aspetti tecnici e scientifici in determinati settori e guidare l'operatore nel proprio *facere*, sembrerebbe che non vi sia una reale differenziazione con le norme tecniche. Inoltre, le due categorie sono accomunate dall'indispensabilità che entrambe presentano: tanto le linee guida, quanto le norme tecniche servono a fornire indicazioni tecniche e

⁷¹⁸ CARETTI P., *Il sistema delle Conferenze e i suoi riflessi sulla forma di governo nazionale e regionale*, in *Le Regioni*, 2000, 553; MORRONE A., *La Corte costituzionale e la cooperazione tra Stato e Regione nella fattispecie dell'intesa: analisi critica di un modello contraddittorio*, in *Riv. giur. ambiente*, 1995, 662 ss.

⁷¹⁹ COZZOLINO G., *Natura giuridica delle linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e "ispessimento" del parametro del giudizio di costituzionalità* (Note a margine della sentenza n. 11 del 2014 della Corte costituzionale), 2004, in www.amministrazioneincammino.it.

⁷²⁰ Sulla definizione di norma tecnica, Gigante, ne delinea due principali accezioni: la prima in cui è il fondamento, più che il contenuto della norma, ad essere tecnico; la seconda, che appartiene agli studi di teoria generale del diritto, secondo cui la tecnicità deriva dalla struttura della norma e quindi è tecnica la norma che presenta carattere strumentale e prevede un comportamento finalizzato alla realizzazione di un obiettivo.

specifiche, con un certo scivolamento verso la c.d. tecnocrazia⁷²¹ motivato dall'opportunità di non lasciare interi settori privi di una normativa *ad hoc*, sia pure con un *deficit* di certezza e stabilità dovuto al fatto che non viene prescelta una fonte primaria.

Se è vero quindi che le linee guida, come le norme tecniche, definiscono i criteri di comportamento in determinate attività tecniche e che ciò segna la loro differenza rispetto alle figure classiche delle fonti del diritto e delle norme giuridiche⁷²², allora è proprio nel profilo della stretta tecnicità che si può rintracciare il carattere saliente. Si richiama, in proposito, la distinzione tra norme tecniche e norme giuridiche, secondo cui le prime sono «norme aventi il compito di dettare criteri di comportamento in presenza di un'attività di carattere tecnico», funzione che sembra essere esercitata anche dalle linee guida⁷²³. È proprio il contenuto tecnico e non politico di un atto che lo rende più idoneo a entrare in ambiti riservati alla legge, ma anche, quando proviene da autorità statali, in materie di competenza degli enti territoriali, come si evince da alcune pronunce della Corte in materia di linee guida (sent. nn. 125/2017 e 284/2016). D'altra parte, nonostante alcune difficoltà teoriche e anche applicative, il contenuto tecnico di un determinato atto, sia pure generale e astratto, è considerato fra gli indici idonei a escluderne la natura normativa in senso stretto⁷²⁴.

Tuttavia, attualmente, vista la loro diffusione ed indispensabilità in determinati settori, le linee guida sembrano atteggiarsi come il combinato delle due categorie di norme, tecniche e giuridiche, perché da un lato sono spiccatamente tecniche, dall'altro, sempre più vincolanti ed obbligatorie (del resto, vedi già il pensiero di Sandulli 1974, 189 e ss., secondo il quale non esisteva una reale differenza tra norme giuridiche e norme tecniche). Anzi, le linee guida sono il veicolo per far incontrare norme tecniche e giuridiche: il legislatore, quando opera un rinvio alla norma tecnica, istituisce una forma di vincolatività che forse può dirsi indiretta, ma non per ciò necessariamente attenuata.

Al fine di comprenderne la natura giuridica e la collocazione nell'ambito delle fonti, la Corte costituzionale ha poi valorizzato il profilo funzionale delle linee guida quale veicolo con cui la legge prescrive l'osservanza di una determinata condotta. In tal modo, secondo la Corte, la linea guida si *eleverebbe*, a tutti gli effetti, al rango di una norma di diritto positivo e non sarebbe più assimilabile ad un regolamento, bensì diverrebbe una fonte intermedia idonea ad integrare precetti provenienti dalle norme di rango superiore anche se mancano rinvii espliciti. In tal modo le linee guida, con la loro portata tecnica, consentirebbero di individuare il preciso comportamento da tenere, rispetto ad un'attività appunto tecnica.

⁷²¹ FISHELLA D., *Tecnocrazia* in *Il dizionario di politica*, (a cura di) BOBBIO N., MATTEUCCI N., PASQUINO G. Torino, Giappichelli, 2004, 971 e ss.; TARLI BARBIERI G., *Appunti sulle fonti del diritto Italiano*, Torino, Giappichelli, 2008, 20.

⁷²² GIGANTE, *op.cit.*, 3806.

⁷²³ MOSCARINI A., *Le fonti dei privati*, in *Giur. Cost.*, vol. 2, 2010, 1911.

⁷²⁴ MASSA M., *I regolamenti ministeriali*, 27 novembre 2017, www.federalismi.it, 2017.

La Corte, nella sentenza n.89/2018, sembra fare un ulteriore passo avanti, già in parte annunciato in alcune pronunce precedenti (tra cui si richiama sent. n. 303/2003)⁷²⁵. In una controversia avente ad oggetto i regimi abilitativi degli impianti per la produzione di energia rinnovabile, regolati dalle linee guida, in merito a queste ultime si afferma che *“si tratta di atti di formazione secondaria, che costituiscono, in settori squisitamente tecnici, il completamento della normativa primaria. Essi rappresentano un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e che ad essi affida il compito di individuare le specifiche tecniche che mal si conciliano con il contenuto di un atto legislativo e che necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale”* (§ 3 del Considerato in diritto). Ancora, con la sentenza n. 14/2018, la Corte rinviene la vincolatività delle linee guida nel rapporto con la norma primaria ove afferma espressamente che la loro vincolatività per le Regioni deriva dal fatto che esse costituiscono necessaria integrazione delle prescrizioni contenute in un decreto legislativo e, precisazione ulteriore, la loro necessaria integrazione, sotto un profilo tecnico, con la normativa primaria le eleva a principi fondamentali della materia (vedi anche sent. n. 307/2013 e 189/2014).

Infine, con la recentissima sent. n. 89/2019, la Corte precisa la loro imprescindibilità poiché *«costituiscono, in settori squisitamente tecnici, il completamento della normativa primaria»*.

Attraverso la giurisprudenza della Corte si giunge quindi a un vero e proprio paradosso: le linee guida, da un lato, non costituiscono una norma primaria, anzi presentano i caratteri tipici di uno strumento *soft*, in cui spicca la funzione di mero completamento tecnico della norma primaria; dall'altro lato, esse, nel concreto e negli effetti, sono di fatto vincolanti e, in questo senso, fonte di *hard law*.

Si tratta cioè di atti necessariamente legati ad una fonte primaria che completano per i profili tecnici; ciò le rende indispensabili e la fa diventare, in via di fatto, una normativa vincolante.

La qualificazione delle linee guida quale parametro di costituzionalità ha subito una complessa evoluzione: in estrema sintesi, anche a questo proposito l'aspetto determinante resta quello della tecnicità.

In un primo momento, con la pronuncia n. 80/2013, la Corte, nel definire le linee guida quale parametro del giudizio di costituzionalità, ricorreva al meccanismo del rinvio: ravvisava il recepimento delle stesse nel corpo legislativo, mediante un meccanismo di espresso rinvio mobile che ne determina una vera e propria equiparazione al rango di principi fondamentali della materia. Non c'è dubbio che la clausola legale di rinvio possa elevare ciò che essa richiama al rango di diritto positivo, *«sebbene il precetto non sia derivato dal lavoro del Parlamento»*.

⁷²⁵ SANTINI M., *Le energie rinnovabili tra qualità dell'ambiente e vincoli territoriali: le linee guida della Conferenza Unificata*, 2011, in *Urbanistica e appalti*, 283 ss.

Poco dopo però, la Corte cambiava approccio. Nella pronuncia n. 11/2014, il ragionamento passava dal puro e semplice rinvio a considerazioni più attinenti al contenuto: le linee guida fungono da parametro del giudizio di costituzionalità, in quanto esse *fanno corpo* con l'atto legislativo statale che ad esse rinvia. In tal modo la Corte valorizza la compenetrazione delle linee guida con la normativa primaria: è per questo che il loro mancato rispetto comporta, oltre alla violazione delle stesse linee guida, anche quella della legge statale (e dunque, se quest'ultima è espressiva di principi fondamentali, l'illegittimità costituzionale della norma regionale incompatibile). La sentenza è molto chiara: gli «atti di normazione secondaria che, come le “Linee guida”, costituiscono, in un ambito esclusivamente tecnico, il completamento del principio contenuto nella disposizione legislativa [...] non possono assurgere al rango di normativa interposta»; tuttavia, come si è già detto, «*altra è la conclusione cui deve giungersi ove essi vengano strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia*», giacché qui gli atti in esame costituiscono «*un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e che ad essi affida il compito di individuare le specifiche caratteristiche della fattispecie tecnica che, proprio perché frutto di conoscenze periferiche o addirittura estranee a quelle di carattere giuridico le quali necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale, mal si conciliano con il diretto contenuto di un atto legislativo*».

Del resto, nel confermarne l'attitudine a fungere da parametro di costituzionalità, la Corte aveva già ricondotto le linee guida a una categoria di norme che, più che interposte⁷²⁶, potevano dirsi integrate (considerato in diritto 4.1. della sentenza n. 215/2018 ove veniva valorizzata la funzione integrativa di una norma regionale da parte delle linee guida), ovvero norme senza le quali si genera un vuoto e quindi il cui apporto è necessario. In vero nella sentenza n. 275/2012 (considerato in diritto § 5) si era ritenuto che la vincolatività delle linee guida (anche in questo caso, nei confronti delle Regioni), fosse da ricondurre al fatto che esse costituivano «*necessaria integrazione delle previsioni contenute nell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003*». L'aspetto che qui preme sottolineare è che la Corte ha concluso il proprio ragionamento affermando che le linee guida nella loro funzione integrativa di una previsione normativa sono per ciò solo vincolanti. Pertanto, sembrerebbe che, ad avviso della Corte, le linee guida non presentino una vincolatività *ex se*, ma solo se poste in funzione integrativa di una normativa di rango primario. E tale vincolatività viene collegata con la tecnicità insita nelle linee guida, che costituisce la ragione fondamentale per ritenerle idonee ad integrare la normativa primaria.

⁷²⁶ In alcune pronunce (Corte Cost. sent. nn. 303/2011, 307/2011, 287/2010 e 274/2010) però, la Corte, definisce espressamente le linee guida quali norme interposte, la cui violazione determina un'indiretta lesione della legge statale di principio. In tal modo, le linee guida vengono ritenute, a tutti gli effetti, parametro di costituzionalità, nel momento in cui vengono «chiamate in sussidiarietà» da altre norme, (vedi per tutte Corte Cost. sent. n. 199/2014) al di là della c.d. catena normativa che vanno a creare con la norma primaria.

Nel 2014 la Corte arriva a dire che le linee guida vanno ritenute, a tutti gli effetti, parametro di costituzionalità, nel momento in cui vengono «chiamate in sussidiarietà» da altre norme, (vedi per tutte Corte Cost. sent. n. 199/2014) al di là della c.d. catena normativa che vanno a creare con la norma primaria.

Quindi, a prescindere dalla qualificazione come norme interposte o integrate, le linee guida sono considerate *parametri di costituzionalità*⁷²⁷, nei giudizi dinnanzi alla Corte Costituzionale quando integrano, sotto il profilo tecnico, una norma statale di principio.

In conclusione, la categoria giuridica delle linee guida pone, tra gli interpreti, numerosi dubbi ed incertezze. I primi sono posti dalle difficoltà circa la loro qualificazione giuridica in quanto appare arduo dare dei confini ad una categoria così vasta ed eterogenea. Ciò trova testimonianza nelle numerose opinioni che si sono distinte in dottrina ed anche nella giurisprudenza in cui le linee guida vengono ritenute assimilabili ad alcune tipologie di atti normativi secondari o riconducibili alla soft law o alla soft regulation.

Per la Corte costituzionale è risultato necessario provare a chiarirne la portata per poi scrutarne il ruolo all'interno dei giudizi, in funzione di parametro di costituzionalità. Sebbene, per la Corte, al livello formale, apparissero prossime al regolamento, tuttavia da un punto di vista funzionale sono una categoria limitrofa alle norme tecniche. Dall'analisi delle sentenze, si è potuto constatare come, sia in funzione di norme interposte, integrate o sussidiarie della normativa primaria, esse fungono da vero e proprio parametro di costituzionalità, integrando da un punto di vista tecnico, la norma primaria la quale le rende oltre che indispensabili, realmente vincolanti. Pertanto sembra di poter prendere in prestito dal ragionamento della Corte, una traccia per provare a fornire una prima provvisoria conclusione: la vincolatività delle linee guida non deriva ex sé dalle stesse, ma dal loro rapporto di interdipendenza con la norma primaria cui fungono da ausilio da un punto di vista tecnico.

⁷²⁷ BIONDI F., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale, i giudizi sulle leggi. Oggetto e parametro* in (a cura di) BALDUZZI R. E COSTANZO P., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, 54 e ss.; RUGGERI A. SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2001, Torino, Giappichelli.

CAPITOLO II

LE DIVERSE TIPOLOGIE DI LINEE GUIDA A CONFRONTO

1. Una breve panoramica sulle linee guida nel nostro ordinamento

Ogni materia, sia afferente la sfera del diritto sia altri settori, può essere disciplinata con le linee guida. Queste ultime, si sono diffuse nell'ambito della salute⁷²⁸, del lavoro⁷²⁹, della privacy⁷³⁰, dell'immigrazione⁷³¹, dell'energia⁷³², dell'agricoltura⁷³³, dell'esercizio delle attività societarie, produttive, finanziarie e sportive.

⁷²⁸ Le linee guida nel settore sanitario sono innumerevoli, tanto che si approfondiranno in un capitolo ad esse dedicato. Qui tuttavia si richiamano a mero titolo di esempio le linee guida del Ministero della Sanità per la preparazione delle conserve alimentari per evitare il botulismo, linee guida di cui all'art. 27 comma 1 bis del D.lgs n. 251 del 19 novembre 2007 "Linee guida sanitaria per l'accesso ai servizi sanitari".

⁷²⁹ Linee guida in materia di tirocini emanate dalla Conferenza permanente Stato-Regioni il 24 gennaio 2013.

⁷³⁰ Garante della privacy, Linee guida in materia di trattamento di dati personali della clientela nell'ambito bancario.

⁷³¹ Nel nostro ordinamento, sono numerose le linee guida in materia di immigrazione. Si richiamano le recenti "linee guida sulla tutela della salute dei migranti" (gennaio 2018), che contengono: "linee guida I controlli alla frontiera. La frontiera del controllo. Controlli sanitari all'arrivo e percorsi di tutela per i migranti ospiti dei centri di accoglienza"; "linee guida per la programmazione degli interventi di assistenza e riabilitazione, nonché per il trattamento dei disturbi psichici dei titolari dello status di rifugiato e dello status di protezione sussidiaria che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale", definite quali linee di indirizzo di recepimento delle direttive UE (non recepite dall'Italia), e quindi necessarie per orientare le Regioni nell'attivazione dei servizi nel territorio, volte ad orientare le ASL con indicazioni rispetto ad uno standard minimo che ogni ASL dovrebbe dotare per stabilizzare e poi riabilitare.; "linee guida per le ASL e le aziende ospedaliere in tema di soccorso e assistenza socio-sanitaria alle donne vittime di violenza"; "linee guida sulla prevenzione delle malattie infettive tra i migranti appena giunti in Europa", volte a rispondere al deficit di governance e alla difformità istituzionale in ambito sanitario. Esse si propongono ancora una volta, come strumento di indirizzo per avviare una programmazione di strumenti operativi adeguati all'assistenza di un numero sempre più crescente di richiedenti e titolari di protezione internazionale. Tra di esse si richiamano "le linee guida relative alla presa in carico di persone che hanno subito tortura e/o violenza estrema". Ancora si ricordano "le linee guida per il riconoscimento precoce delle vittime di mutilazioni genitali femminili e altre pratiche dannose", che vengono intese quali indicazioni operative per gli operatori che prendono in carico tali situazioni. Le linee guida richiamate dunque costituiscono indicazioni chiare ed univoche che, partendo dalla letteratura scientifica, indicano le modalità assistenziali da attuare. Vengono definite quali raccomandazioni clinico-organizzative finalizzate a controlli sanitari più uniformi, appropriati per i migranti. Si richiamano ancora "le linee guida per le strutture di prima accoglienza contenenti procedure operative standard per la valutazione del superiore interesse del minore", "le linee guida sui minori stranieri non accompagnati: le competenze della direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione". Lo sviluppo delle linee guida in materia di immigrazione è dovuto anche alla loro diffusione al livello europeo, ove, nel Quadro europeo per l'integrazione, con il Programma di Stoccolma del 2009 si è inteso rafforzare le politiche di integrazione al fine di assicurare agli stranieri extra UE legalmente residenti, gli stessi diritti e doveri dei cittadini europei sollecitando in tal senso gli stati membri di cui si ricordano appunto le Ypres Guidelines ovvero i cd. Orientamenti strategici della programmazione legislativa ed operativa adottati dal Consiglio europeo nel giugno 2014 nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sul punto PIERGIGLI V., *L'integrazione degli immigrati da paesi terzi nel diritto sovranazionale: limiti e potenzialità dell'Unione Europea*, Rivista AIC, 3/2018, 77 ed anche CAGGIANO G., *L'integrazione dei migranti fra soft-law e atti legislativi: competenze dell'Unione Europea e politiche nazionali* in CAGGIANO G., (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano* Torino, Giappichelli, 2014, 175.

⁷³² Ministero dello Sviluppo economico, Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, 10 settembre 2010.

⁷³³ Ministero delle politiche agricole e forestali, Linee guida per l'attività delle istituzioni pubbliche in materia di agricoltura sociale, in tema di monitoraggio e valutazione dell'attività di agricoltura sociale, 18 agosto 2015 n. 141.

In questo primo paragrafo, daremo conto di alcune singole tipologie di linee guida che presentano alcuni aspetti rilevanti, per poi dedicare alcune riflessioni specifiche, nei paragrafi che seguono, alle linee guida nel settore sanitario, ambientale e delle Autorità indipendenti.

Nel corso dei paragrafi che seguiranno, si cercherà di fornire qualche “linea guida” circa la loro interpretazione e circa la definizione della loro natura giuridica ed inquadramento nell’ambito delle fonti del diritto dato che, secondo la dottrina⁷³⁴, “*non corrispondono a una categoria definita di fonte*”. Si deve premettere che, sebbene diffuse nei numerosi settori richiamati, non è ancora possibile, data l’eterogeneità e l’atipicità che le caratterizza, rinvenirne una certa ed unitaria definizione, sebbene sia stato il Legislatore il primo a utilizzare, in modo non sempre adeguato, la qualificazione di linea guida. Ciò, poiché per alcune, come quelle sanitarie, la *ratio* delle linee guida sta nel collegamento con la tecnica e la scienza come anche per quelle ambientali o per quelle delle Autorità indipendenti, per le quali è altresì preminente indagare il rapporto con la norma primaria cui si riferiscono. Quindi, ad oggi, sotto l’etichetta linea guida, si muovono figure eterogenee con ruoli diversi e ciò crea sempre più elementi di incertezza poiché, come si avrà modo di precisare, ad esse la legislazione, ora rinvia, ora, sono esse ad integrarla.

Pertanto, se si tratti di regole di condotta standardizzate o se siano fonti di cognizione delle regole di condotta che devono essere seguite o se invece, ancora, siano uno strumento sussidiario di aggiornamento professionale, dovremmo indagarlo nell’analisi delle singole linee guida, tentando di dimostrare come esse siano sempre fonti mantenendo sempre saldo il legame con la loro famiglia di origine, ovvero quella della soft law.

Mancando una disciplina unica ed unitaria delle linee guida, perché troppo eterogenee sotto il profilo contenutistico e linguistico, per completezza di indagine, dobbiamo fornire alcune “*linee guida*”. Infatti, intanto le linee guida possono essere emanate da un numero imprecisato di soggetti, a cominciare da Ministeri, Regioni, Enti locali, Autorità indipendenti, Autorità internazionali ed europee, società scientifiche. In secondo luogo, vi sono linee guida previste dalla legge e linee guida dettate in via di autoregolamentazione amministrativa. Rispetto a questa seconda categoria, si tratta di strumenti usati per razionalizzare e coordinare le prassi applicative ed operative, oltre che indicare criteri interpretativi ed infatti si rinviene una primaria fonte che le legittima nel dettato dell’art. 4 del D.lgs. 165 del 2001 ove viene attribuito agli organi di governo “*l’adozione di atti di indirizzo interpretativo ed applicativo di atti normativi*”.

Come già precisato nella parte introduttiva, per le linee guida non previste dalla legge, l’accostamento fornito dagli interpreti è alle circolari amministrative, vincolanti solo ed esclusivamente nei confronti degli apparati pubblici inseriti all’interno dell’ente che li emana;

⁷³⁴ CHITTI M.P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in Giorn. Dir. Amm., 2016 fasc. 4, 436 e ss.

diversamente, per i soggetti non inseriti nell'organizzazione in cui vengono emesse, esse hanno una funzione definita "*persuasiva*"⁷³⁵.

Diversamente, le linee guida previste dalle disposizioni legislative, sono il collegamento diretto alla legge, in quanto o sono imposte da essa oppure sono da essa regolate e quindi, è nel legame con la legge che va rinvenuto il loro fondamento: la loro efficacia e il loro regime si ricavano direttamente dal testo legislativo e quindi, in base a come si articola la legge, così si generano le linee guida ed è per questo che esse non possono essere intese come un istituto monolitico e tipico, ma dando vita a tanti istituti a seconda delle diverse discipline legislative⁷³⁶.

Altro aspetto che accomuna le linee guida, come già emerso nella lettura data dalla Corte Costituzionale, è l'essere funzionali all'applicazione degli atti normativi. Ciò implica che, il mancato rispetto del loro contenuto può determinare una violazione indiretta della disciplina contenuta nella norma cui si riferiscono e viceversa.

Venendo ora a qualche esempio, il settore della privacy, è stato interessato da numerose linee guida, che mirano a fornire indicazioni di carattere generale in relazione al trattamento dei dati personali in vari ambiti e per garantire la corretta applicazione dei principi stabiliti dal Codice sulla privacy, delineando un quadro unitario di misure e accorgimenti per il trattamento dei dati.

Va detto che il Garante ha pubblicato 12 Linee-guida in ambito sanitario, bancario, giuridico, ecc. Particolare rilevanza hanno avuto le Linee-guida dettate a luglio 2009 dal Garante in tema di Fascicolo sanitario elettronico e di dossier sanitario, che hanno cercato di omogeneizzare questa innovazione nell'ambito della sanità, che si stava sviluppando con sistemi diversi da Regione a Regione. Occorre ricordare, inoltre, le Linee guida in materia di trattamento di dati per lo svolgimento di indagini di customer satisfaction in ambito sanitario, del 5 maggio 2011, e quelle in materia di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato da soggetti pubblici per le finalità di pubblicazione e diffusione sul web, del 2 marzo 2011.

Un primo significativo esempio riguarda un provvedimento adottato il 23 novembre 2006 con cui il Garante ha introdotto le "*Linee guida in materia di trattamento dei dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze dei datori di lavoro privati*". Riguardo al suddetto documento è stata rilevata l'esistenza, tanto di accorgimenti-prescrizioni che di orientamenti-indirizzi. Nei confronti dei primi, sussiste un vero e proprio obbligo giuridico di uniformarsi da parte dei destinatari. Vi è la possibilità di configurare un illecito penale per coloro che si discostino dagli accorgimenti prescritti dal Garante, qualora il trattamento di tali dati presenti rischi specifici per

⁷³⁵ Sulla prossimità delle linee guida alle circolari amministrative, CAMMEO F., *A proposito di circolari e istruzioni*, in Giur. It., 1920, III, 1.

⁷³⁶ Il legame inscindibile con la legge e gli effetti di tale legame vengono messi in luce da MORBIDELLI, *Le linee guida Anac*, op.cit., 7.

l'interessato e a condizione che la violazione sia compiuta al fine di trarre profitto o arrecare danno. Sembra quindi che le linee guida possano divenire vere misure prescrittive, ma solo dopo un provvedimento del Garante il cui fondamento è nell'art. 154 del Codice della privacy, dato che esse esprimono la posizione del Garante su determinati aspetti funzionali anche in sede di controversie. Infine, merita attenzione in particolare la procedura di adozione delle linee guida che è preceduta dalla pubblicazione nel sito internet di un documento ufficiale da sottoporre a consultazione pubblica. Tale documento riporta i contenuti dell'atto di moral suasion proposto dal Garante ed invita tutti i soggetti interessati a partecipare alla procedura di determinazione di tali linee guida. Terminata la fase di consultazione, l'Autorità pubblica on line la versione definitiva delle linee-guida adottate, senza tuttavia prendere alcuna posizione sulle osservazioni pervenute. In questo modo, solamente il documento di consultazione è reso pubblico, mentre tutti gli altri atti, ovvero l'identità ed i commenti dei partecipanti restano riservati e non conoscibili dall'esterno. Quindi ci si domanda quale sia l'efficacia da attribuire al contenuto di tali Linee guida, e cioè quali siano le conseguenze per coloro che se ne discostino. Si è sostenuto che nel documento in esame compaiano una serie di precetti, taluni sotto forma di orientamenti, ed altri, invece, che si trasformano, in seguito, in accorgimenti e misure prescritte. Per queste ragioni, si è affermato che, al fine di dare risposta al quesito relativo agli effetti giuridici delle linee guida, bisognasse distinguere tra regole considerate accorgimenti-prescrizioni e regole ritenute, invece, orientamenti-indirizzi, con la conseguenza che nei confronti delle prime sussistesse un vero e proprio obbligo giuridico di uniformarsi a differenza delle seconde per le quali tale obbligo non vigeva. Nonostante l'intuizione e lo sforzo di ricostruzione dottrinale operato da tali interpreti, tuttavia la regola contenuta in tali documenti di soft law non è produttiva di effetti giuridici pienamente vincolanti sotto il profilo giuridico. Infatti, alcune prescrizioni contenute nelle linee guida possono subire processi di trasformazione e di evoluzione assumendo le vesti di misure prescrittive a seguito di apposito provvedimento del Garante che rinviene, però, il suo fondamento giuridico in una norma esterna al documento di soft law, e cioè l'articolo 154 del Codice sulla privacy. Come si vede, ancora una volta, un atto soft si giustifica sulla base della propria dipendenza dall'atto normativo primario cui risulta logicamente legato.

Ancora un altro esempio può essere rinvenuto nell'ambito della sicurezza e salute sui luoghi di lavoro.

Il D.lgs. n. 81/08 ha introdotto, all'articolo 2, le definizioni di tre fonti di grande rilevanza in ambito prevenzionistico per gli RSPP, i Medici Competenti, gli RLS, i datori di lavoro e in generale tutti gli operatori della salute e sicurezza sul lavoro, ovvero le "linee guida", le "norme tecniche" e le "buone prassi". Le linee guida vengono definite dal Testo Unico quali "*atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza predisposti dai ministeri, dalle regioni,*

dall'ISPEL e dall'INAIL e approvati in sede di Conferenza Stato-Regioni". (Art. 2 c. 1 lett. z) D.lgs. 81/08)⁷³⁷. Tali linee guida vengono definite quali atti di indirizzo e di coordinamento per l'applicazione della suddetta normativa che possono essere emanati solo da alcuni organismi appartenenti al sistema pubblico cui la legge ha riconosciuto autorevolezza e legittimazione istituzionale necessaria ad emanarle.

La normativa in parola le richiama in maniera espressa, come all'art. 71, ma anche indirettamente, ovvero vengono intese come norma di chiusura del sistema antinfortunistico ove la giurisprudenza ha inteso che il datore di lavoro non abbia assolto i propri obblighi in materia di salute e sicurezza sul lavoro, quando, pur avendo osservato tutte le prescrizioni in materia, non abbia adottato le misure necessarie secondo esperienza e tecnica.

La diffusione delle linee guida, come vedremo, rappresenta un importante, anche se non esaustivo, "criterio sussidiario di interpretazione e qualificazione delle conseguenze giuridiche prodotte da norme primarie, criterio includibile di fronte alla costante evoluzione tecnico-scientifica"⁷³⁸. Sembra infatti che l'ingresso di soggetti diversi ed estranei all'universo delle scelte politiche si possa rivelare funzionale per disciplinare settori del diritto delicati e complessi come quello afferente la salute, l'ambiente e il mercato, sebbene appaia paradossale, ma non più una sorpresa, che in tali settori siano maggiormente invalsi atti di incerta qualificazione, come le linee guida, anzichè le leggi e gli atti ad essa equiparati che, secondo l'impostazione classica, costituiscono il veicolo più idoneo ed efficace per amministrare beni primarie complessi come quelli richiamati, ma oggi sono invece vittime della crisi della certezza del diritto ed appunto del ruolo stesso del Legislatore e della legislazione.

Tenendo presente la definizione e qualificazione di linea guida, ossia di atto fonte che trova nel dato tecnico-scientifico il proprio presupposto, e che di esso costituisce un'elaborazione ed insieme un obiettivo, si esporranno i risultati dell'analisi di tre tipologie di linee guida, appartenenti a diversi settori dell'ordinamento, accomunati dal fatto di apparire particolarmente permeabili al dato tecnico scientifico: quello medico-sanitario, quello ambientale e quello delle Autorità Indipendenti. La scelta si è orientata nella direzione di materie in cui fosse particolarmente evidente il valore costituzionale dei diversi interessi e diritti anche tra loro concorrenti (come ad es. nel diritto alla salute), nel temperamento dei quali un ruolo centrale assumono le linee guida, come si vedrà nel caso delle linee guida in materia di interruzione della gravidanza o di procreazione assistita.

⁷³⁷ Il D.lgs 81 del 2008, richiama le linee guida in tema di attrezzature di lavoro all'art. 71 ove viene previsto che il datore di lavoro ha l'obbligo "di considerare i documenti indicati e le indicazioni derivanti da norme tecniche, buone prassi o linee guida assicurando un miglior livello di tutela".

⁷³⁸ SERGES, op.cit., 18.

2. le linee guida in campo sanitario

Il diritto alla salute risulta condizionato dalla presenza massiccia di linee guida, rispetto a cui è prioritario chiedersi se e come l'aumento sempre progressivo di norme non primarie, incida sulla tutela e sui diritti dei pazienti. Infatti, accade sempre più di frequente che lo spazio in cui si può intervenire con norme primarie, venga occupato da prescrizioni secondarie atipiche tecniche.

In linea generale infatti, quando i dati di carattere scientifico e tecnologico si incrociano con gli interessi e i valori costituzionali, come appunto la salute, la normazione primaria cede il passo al dato tecnico scientifico che si cristallizza nelle fonti secondarie come appunto regole deontologiche⁷³⁹, standards qualitativi⁷⁴⁰, metodologie, protocolli⁷⁴¹, linee guida⁷⁴², che realizzano di fatto una “*sostituzione necessaria*”⁷⁴³ della normazione primaria. Quest'ultima viene messa da parte quando la regola tecnica prevale essendo dotata dei caratteri di oggettività a livello contenutistico, oltre ad essere valutativa e neutrale in senso politico. Ciò si verifica anche quando la normativa tecnica riguarda aspetti legati a diritti fondamentali, come appunto il diritto alla salute.

Nel tempo quindi si sono sempre più imposte tecniche normative non tradizionali, poiché, secondo alcuni interpreti, risulta difficile legiferare con atti di normazione primaria, sia per la complessità dei procedimenti di adozione di tali atti, sia per la loro piena vincolatività e piuttosto che non normare, si è scelto di ricorrere ad atti di soft law come le linee guida.

⁷³⁹ Vale a dire “*regole in cui varie categorie professionali si dotano per disciplinare, anche da un punto di vista etico, l'esercizio dell'attività svolta e non hanno natura cautelare né rilievo esterno rispetto alle categorie interessate*”.

⁷⁴⁰ Si tratta di “*valori soglia (minimi e massimi) di un determinato indicatore, o a frequenze di offerta di un certo servizio o, ancora, a performance per un determinato intervento*”.

⁷⁴¹ La differenza tra linee guida e protocolli non è ben definita. Secondo Giunta, le linee guida vanno distinte dai protocolli sotto il profilo della specificità dei contenuti, perché a differenza di questi ultimi, le linee guida definiscono direttive generali relative al compimento di una determinata operazione o per la conduzione di una specifica di atto diagnostico o terapeutico. Inoltre i protocolli costituiscono uno schema predefinito di comportamento diagnostico-terapeutico ad esempio all'interno di un programma di ricerca clinica. Ancora, a differenza delle linee guida, i protocolli sono rigidi schemi di comportamento diagnostico e terapeutico, tipici di un programma di ricerca clinica sperimentale elaborato per assicurarne la riproducibilità e quindi l'attendibilità scientifica. GIUNTA F., *Medico* (responsabilità penale del medico), in *Diritto penale*, (a cura di) GIUNTA F., *Dizionari Sistematici*, Milano, Giuffrè, 2008, 876 ed anche MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2012, 320 ed infine DI LANDRO R., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino, Giappichelli, 2012, 8. È interessante richiamare ancora Giunta che ha precisato come “*il protocollo è l'applicazione di un razionale scientifico o esperienziale rispetto a uno specifico fattore di rischio; si può dire pertanto che esso rilascia autentiche regole cautelari, ossia prescrive comportamenti con funzione preventiva; le linee guida invece solitamente prescindono dalla verifica del razionale scientifico; per questa ragione esse presentano un profilo prevalentemente metodologico non vincolante, fungendo da raccomandazioni... le linee guida dunque non costituiscono autentiche regole cautelari, ma possono delimitare l'ambito del rischio consentito nei limiti in cui non smentiscono i protocolli*”. GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, Giust. Pen., 2012, II, 577.

⁷⁴² Pur essendo nate come discipline private, elaborate all'interno della professione medica, si è progressivamente assistito alla proliferazione, delle linee guida, da parte di soggetti anche istituzionali (in primo luogo le stesse strutture sanitarie), nell'ottica di individuare il “percorso ideale” non solo sul piano terapeutico, ma anche in termini di efficienza e di economicità.

⁷⁴³ Sulle problematiche legate all'integrazione e non alla sostituzione delle linee guida con la normativa primaria (a differenza di quanto avviene con le regole tecniche), si richiama il pensiero di Moscarini che precisa appunto come “*le regole tecniche integrano e sostituiscono la normativa primaria, mentre le linee guida possono integrare ma non sostituire il precetto giuridico*”. MOSCARINI A., *Fonti dei privati e globalizzazione*, Luiss University Press, 2015, 111.

Queste ultime costituiscono indicazioni ed atti di indirizzo rivolti a medici e a pazienti e destinate a operare quando vanno decise le scelte assistenziali più appropriate nel caso concreto o meglio, secondo l'Institute of medicine, si tratta di “raccomandazioni di comportamento clinico, prodotte attraverso un processo sistematico, allo scopo di assistere medici e pazienti nel decidere le modalità di assistenza più appropriate in determinati casi”.

Le linee guida, indicano la strada delle evidenze scientifiche finalizzata alla cura del paziente e per questo alcuni le ritengono più vicine alle regole tecniche che alle norme giuridiche vere e proprie ove per regola tecnica si intenda quella regola che “prescrive una condotta in quanto mezzo per il conseguimento d'un fine dell'agente”⁷⁴⁴. Se il fine fosse la guarigione del paziente, la regola tecnica dovrebbe necessariamente derivare da quella scientifica, ma ciò non basta per ritenere che la regola assuma una vera rilevanza giuridica laddove dovrebbe essere l'ordinamento giuridico a elaborare le norme di condotta, ma ciò ormai avviene sempre più di rado⁷⁴⁵.

Correlativamente, le linee guida, almeno apparentemente, si allontanano dal concetto di norma in senso classico, poiché risultano prive di un reale strumento coercitivo nei confronti del medico ed è proprio per questo che, secondo quanto osservato fino ad ora, appartengono alla famiglia della soft law⁷⁴⁶ se si guarda a quest'ultima come espressione di norme non del tutto vincolati⁷⁴⁷, come sono appunto le linee guida.

Secondo la dottrina le linee guida in campo sanitario, costituiscono fonti di produzione di norme od anche “fonti normative proprie della società del rischio”, ma anche, per altri, fonti di cognizione delle *leges artis*⁷⁴⁸.

Per comprendere a pieno il fenomeno delle linee guida per la pratica clinica, dobbiamo fare riferimento all'attuale visione epistemologica della medicina all'interno della quale esse si sono sviluppate.

Infatti, intorno al 1900 nasce la evidence-based medicine (EBM)⁷⁴⁹, ossia una procedura di selezione delle informazioni che intende ovviare a una serie di difficoltà intrinseche al mondo scientifico

⁷⁴⁴ GOMETZ G., *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008 44. Sulla differenza tra regola tecnica e norma tecnica, SALMONI, op.cit., 26-28 e si veda anche MAZZIOTTI DI CELSO, voce *norma giuridica*, op.cit., 3.

⁷⁴⁵ ANDREIS M., *Attuazione del diritto alla salute e modelli di sindacato*, in *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, 2.

⁷⁴⁶ Vi sarebbe una differenza, non trascurabile, tra linee guida e soft law, laddove i documenti scientifici, come le linee guida, sono privi dello scopo di attribuire diritti, nel senso che le linee guida non risolvono un conflitto tra interessi giuridicamente rilevanti, ma indicano solo la condotta suggerita dalle evidenze scientifiche.

⁷⁴⁷ MOSTACCI, op.cit., 3-5, 15-16.

⁷⁴⁸ BONANNO A.M., *Protocolli, linee guida e colpa specifica* in *Indice penale*, 2006 441 e CAMPANA T., *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle linee guida e responsabilità penale del medico* in Cass. Pen., 2012 547 in cui viene evidenziato che “se le linee guida rispondono ai requisiti di efficacia e validità scientifica, se hanno raggiunto un valore consolidato nel tempo e se il progresso scientifico nel periodo successivo alla loro emanazione non le ha rese palesemente inadeguate, possono essere utilizzate dal giudice in sede di valutazione della responsabilità”

⁷⁴⁹ BIGNAMINI A., *Evidence-based medicine e linee guida di pratica clinica: soluzione o parte del problema?* In *Medicina e morale*, 2001, 225 secondo cui “le linee guida si costruiscono e si applicano solo se si è in possesso di una coscienza critica delle fonti a cui fanno

ovvero quella medicina basata sulle prove di efficacia: centri ospedalieri e di ricerca, cominciano ad applicare i trial clinici randomizzati e si diffondono tecniche di interpretazione come la meta-analisi⁷⁵⁰ fino ad arrivare alla diffusione delle linee guida.

Queste ultime vengono riscontrate già a partire dalla metà del 1900 e la prima linea guida americana è il *Redbook of infectious diseases* dell'American Academy of pediatrics del 1938. Tuttavia, il loro potenziale, viene rivalutato più attentamente solo negli anni '70 e '80, con l'affermarsi di nuove tendenze di *policy* dei sistemi sanitari ed esse vengono repute quali possibili strumenti di contenimento dei costi delle prestazioni mediche, tanto che, alla fine degli anni '80 viene creata un'apposita agenzia governativa dedicata allo sviluppo e alla valutazione delle linee guida per la pratica clinica.⁷⁵¹

Esse vengono individuate con una nomenclatura variegata quali “*practice, parameters, practice patterns, written policies, protocols, standards, clinical practice guidelines*”⁷⁵², ma si preferisce utilizzare la definizione dell'Istitute of Medicine (2011), ovvero quali “*documenti che contengono raccomandazioni finalizzate a migliorare l'assistenza ai pazienti, basate su una revisione sistematica delle evidenze e sulla valutazione dei benefici e rischi di opzioni alternative*”.

La creazione delle linee guida risponde all'esigenza di ridurre, sempre più, l'incertezza e la variabilità delle opzioni diagnostiche che possono dipendere, tanto da un deficit di conoscenza, tanto dalla soggettività dei criteri di scelta delle diverse strategie assistenziali.

Tale esigenza è sempre più avvertita, negli ultimi anni, come impellente, tanto che lo stesso Legislatore ne auspica un'implementazione per favorire, all'interno di ciascuna struttura sanitaria “*lo sviluppo di modalità sistematiche di revisione e di valutazione della pratica clinica ed assistenziale e di assicurare l'applicazione di livelli essenziali di assistenza*”⁷⁵³.

In via generale, la validità delle linee guida sanitarie quali vere e proprie fonti del diritto sanitario, viene inficiata da due diversi fattori.

Il primo riguarda la fase di elaborazione e stesura delle linee guida⁷⁵⁴ a cui partecipano numerosi soggetti: se ciò da un lato è un vantaggio perché la pluralità dei soggetti costituisce una garanzia di

riferimento e che comprendono, oltre alle informazioni originate dalla evidence-based medicine le esperienze personali, le conoscenze di fisiopatologia, il parere di esperti, i vincoli economici, le scelte morali, etiche e deontologiche”.

⁷⁵⁰ DI LANDRO A., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Milano, Giuffrè, 2012, nota 20.

⁷⁵¹ Tale agenzia era ricompresa all'interno del *Department of health and human services*, composta da 13 strutture organizzative tra cui un *Office for the forum of quality and effectiveness in health care* dedicato alle linee guida.

⁷⁵² HALL M.A., *The defensive Effect of medical practice policies in malpractice litigation*, 54 *law & contemp. Probs.*, 1991, 119, 127-128, 39, TRAIL W.R., ALLEN B.A., *Government created medical practice guidelines: the opening of Pandora's box* 10, *J.L. & Health*, 1995, 231, 233

⁷⁵³ Sul punto D.lgs n. 229 del 1999.

⁷⁵⁴ Il procedimento delle linee guida si articola in numerosi passaggi: Si richiama quello proposto dal Board di Guidelines International network in cui l'ente interessato alla stesura di linee guida dovrà scegliere i soggetti che vi partecipano e in genere verrà istituito un panel di esperti comprendente medici, clinici, patologi, ricercatori, farmacologi, statistici ed anche economisti della medicina che analizzeranno la letteratura medica e formuleranno le linee guida. Il panel deve

neutralità, ove tra più interessi confliggenti prevale necessariamente una logica selettiva e scientifica che conferisce a tali atti una certa stabilità, dall'altra i diversi soggetti potranno far prevalere, seppur indirettamente, il loro interesse, rischiando di creare conflitti.

Il secondo riguarda la molteplicità delle linee guida in campo sanitario e la loro intrinseca variabilità per aggiornamento, approfondimento ect. Ciò può produrre antinomie e conflitti, tanto che, secondo alcuni un pubblico accreditamento delle linee guida potrebbe costituire una soluzione poiché scongiurerebbe *“la soggettività delle scelte senza perdere di vista la centralità dell'autorevolezza della fonte”*⁷⁵⁵.

Nell'ipotesi di accreditamento pubblico gli atti di recepimento delle linee guida sarebbero atti formalmente amministrativi e dunque soggetti al regime di validità dei medesimi, ma sostanzialmente resterebbero atti di fonte privata, collocandosi nella gerarchia delle fonti *“a mezza via tra regole etiche, direttive deontologiche e prescrizioni giuridiche”*. In tal senso, pur avendo una provenienza dai privati, esse avrebbero una funzione integrativa della fonte primaria, sebbene la derivazione dai privati, implicherebbe la necessaria garanzia di accertare la provenienza privata e quindi andrebbe vagliata la loro normatività e verificata l'autorevolezza della fonte così come la loro correttezza metodologica.

Rispetto al rapporto tra linee guida e diritto alla salute, va sottolineato come in settori in cui domina la scienza, intervengano in modo sempre più frequente, fonti di rango secondario che trovano fondamento in disposizioni legislative, pur ponendosi spesso in contrasto, anche parziale, con queste ultime. Si richiamano i casi delle linee guida ministeriali in materia di procreazione medicalmente assistita (art. 7 legge n. 40 del 2004), delle linee guida adottate dalla Regione

poi redigere delle regole condivise. Successivamente, il panel deve indicare l'oggetto della linea guida, tenendo conto delle variabili di tipo concreto e teorico nel senso che andrà definita la patologia che il documento vuole affrontare, dei pazienti per i quali va utilizzato, analizzando gli studi presenti in letteratura. A questo punto vengono raccontati, letti e selezionati i documenti della letteratura scientifica. Nella prima fase di produzione della linea guida vengono selezionati i trials clinici o altri studi scientifici e poi si dà il via alla stesura delle linee guida che deve riflettere la variabilità del caso concreto e presentare un linguaggio che non le faccia percepire come obbligatorie, tanto che vanno formulate secondo il c.d. dover essere condizionale che sfuma nel suggerimento o nella proposta di un'ipotesi di condotta a seconda delle evidenze scientifiche sottostanti come di diverse variabili quali *“l'entità dei benefici, dei rischi, la consistenza, la rilevanza clinica, la generalizzabilità e applicabilità”*. Rispetto al linguaggio, è interessante richiamare uno studio che ha provato a classificare le espressioni utilizzabili all'interno delle linee guida in base alla percezione della vincolatività. LOMOTAN E.A., MICHEL G., LIN Z., SHIFFMAN R.N., *How should we write guideline recommendations? Interpretation of deontic terminology in clinical practice guidelines: survey of the health services community*. Qual Saf Health Care. 2010, 19(6), 509, 13. Infine, la bozza di linea guida viene presentata ad una peer review che controllano contenuto e metodologia.

⁷⁵⁵ MOSCARINI, op.cit., 112. Inoltre, come afferma De Maria: *“Sebbene linee-guida e buone pratiche generalmente accreditate siano strumenti importanti di orientamento e per la circolazione delle informazioni scientifiche, vincolarvi troppo rigidamente l'azione del medico può diminuire l'appropriatezza, scoraggiando l'adozione di scelte diagnostiche o terapeutiche diverse ma più adeguate al trattamento del singolo individuo, e può essere contrario alla tendenza attuale all'individualizzazione della medicina e alla definizione di protocolli personalizzati che tengano conto delle caratteristiche specifiche del paziente. Inoltre, la determinazione di linee-guida e buone pratiche è un processo lento, che richiede la diffusione e affermazione di una tecnica prima che essa venga riconosciuta. Tale processo rischia di venire ulteriormente rallentato; il vincolo alle pratiche correnti impedisce il cambiamento, scoraggiando gli operatori a distaccarsi da quanto già definito, e le nuove pratiche, ancorché migliori, stenteranno ad affermarsi”*. DE MARIA R., *Sostenibilità e riforma del Sistema Sanitario Nazionale, tra modelli etici e scarsità di risorse* in Rivista trim. di Scienza dell'Amministrazione n. 4/2013.

Lombardia in tema di interruzione volontaria di gravidanza e le linee guida di buona pratica clinica nella sperimentazione dei farmaci.

La materia della procreazione medicalmente assistita è sempre stata disciplinata da norme di rango secondario, quali circolari ministeriali⁷⁵⁶, norme contenute nel codice deontologico medico⁷⁵⁷ che, in assenza di una disciplina di rango primario, incidono direttamente sulla concreta applicazione delle tecniche assistite. Quindi, prima della legge n. 40 del 2004, la materia è stata interamente regolata da fonti secondarie che contenevano vere e proprie prescrizioni circa obblighi e limiti all'applicazione delle tecniche di procreazione assistita.

Nonostante l'avvento della legge 40, la normazione secondaria in tema di procreazione assistita, ha continuato ad occupare un notevole ruolo, in quanto, sono stati emanati numerosi decreti ministeriali⁷⁵⁸ contenenti linee guida in funzione attuativa della disciplina contenuta nella legge 40. Ciò in quanto l'art. 7 di quest'ultima assegna al Ministero della Salute il compito di adottare linee guida da aggiornare periodicamente in relazione al progresso scientifico.

Tuttavia, sia le prime linee guida, del 2004, sembrano porsi in contrasto con le previsioni della legge⁷⁵⁹, sia quelle emanate successivamente, nel 2015⁷⁶⁰, che si discostano dalle indicazioni contenute nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 162 del 2014, avente ad oggetto l'incostituzionalità di diverse disposizioni della legge n. 40.

A seguito di tale pronuncia però, vi sono state alcune questioni circa il ricorso, da parte delle Regioni, alle norme in materia di procreazione assistita.

Infatti, alcune Regioni, pur essendo stato chiaro quanto asserito dalla Corte in merito alla possibilità di ricorrere a tale tecnica, hanno assunto proprie iniziative (condivise anche in sede di Conferenza delle Regioni e delle Province autonome), ponendo un problema di riparto di competenze tra Stato e Regioni in una materia tecnico-scientifica come la procreazione medicalmente assistita.

⁷⁵⁶ Si richiamano ad es. la c.d. circolare Degan del 1985 che recava limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale; la circolare Donat- Cattin del 1987 che invece riguardava le misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano usato per la fecondazione ed ancora la Circolare c.d. De Lorenzo del 1992 che riguardava i protocolli relativi alla selezione dei donatori nei centri che applicano la fecondazione eterologa.

⁷⁵⁷ L'art. 42 del codice deontologico medico del 1998 stabiliva che il medico nell'interesse del nascituro non potesse applicare tecniche di maternità surrogata, di fecondazione al di fuori di coppie eterosessuali stabili, di fecondazione di donne in età avanzata o in caso di morte del componente maschile della coppia.

⁷⁵⁸ In merito alla natura di tali decreti e del loro rapporto con i regolamenti, si richiama VERONESI P., *Le linee guida in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in *Studium Iuris*, 2004, 11, il quale afferma si tratti di "decreti ministeriali non regolamentari, inquadrabili tra gli atti amministrativi generali composti da norme aventi una portata regolamentare, pur essendo stati adottati senza le forme prescritte per tali atti, tenuto anche conto che danno attuazione ad una normativa significativa che incide sui diritti degli individui.

⁷⁵⁹ Le linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita, Decreto ministeriale 21 luglio 2004, avevano mostrato numerosi profili di incertezza e contraddizione con la legge n. 40, tanto che il Tar Lazio con sentenza n. 398 del 2008 ne aveva dichiarato l'illegittimità nella parte in cui "contrariamente alle disposizioni della legge n. 40, limitavano ogni indagine sullo stato di salute degli embrioni al solo tipo osservazionale.

⁷⁶⁰ Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, Decreto Ministeriale, 1 luglio 2015.

In particolare, la Regione Toscana adottava proprie linee guida volte a consentire ai centri, sia pubblici, sia privati, di effettuare la fecondazione assistita eterologa, mentre la Regione Lombardia prevedeva la fruibilità delle tecniche eterologhe solo “*ponendole a carico dell’interessato*”⁷⁶¹. In tal modo, sulla base dell’adozione di linee guida regionali, il diritto all’eterologa veniva realmente garantito in una sola regione, ove quest’ultima disponeva in ordine ad un diritto fondamentale come la salute in presenza di un vuoto normativo primario e si realizzava una doppia discriminazione tra individui, interna alla Regione medesima e rispetto alle altre Regioni.

Sempre con questioni regionali si sono dovute misurare le linee guida per l’attuazione della legge 194. Precisamente, la Regione Lombardia aveva deciso di prendere atto delle linee guida per l’attuazione della legge n. 194 del 1978, che specificavano la legge statale, in particolare sul termine ultimo oltre cui non si sarebbe potuto accedere al trattamento di interruzione della gravidanza, introducendo quindi un limite temporale basato sulla presunzione che il feto avesse vita autonoma arrivato ad un certo numero di settimane ed impedendo in maniera assoluta, l’aborto, quando invece la legge lasciava al medico la libertà di valutare la situazione. Inoltre, le linee guida integravano la legge, introducendo delle disposizioni che aggravavano le procedure per ricorrere all’aborto, in particolare imponendo al ginecologo, in caso di aborto terapeutico, di avvalersi della collaborazione di specialisti al fine di accertare i presupposti patologici, mentre, secondo la legge statale, il medico era libero di confrontarsi con altri specialisti, in tal modo contrastando la fonte primaria, (che non prevedeva la cristallizzazione di tale termine) e dall’altro non tenendo conto dell’evoluzione tecnica e scientifica. Tali linee guida vennero annullate dal Tar Lombardia, sez. III, n. 7735 del 2010 in cui quest’ultimo sottolinea il contrasto tra la disposizione statale e quella contenuta nelle linee guida regionali che “*individuando un termine oltre il quale si deve presumere, salvo prova contraria, che il feto possa avere vita autonoma, contravvengono alla chiara decisione del Legislatore nazionale di non interferire in un giudizio volutamente riservato agli operatori, i quali, come detto, debbono poter effettuare le proprie valutazioni esclusivamente sulla base degli accertamenti svolti caso per caso e sulla base del livello delle acquisizioni scientifiche e sperimentali raggiunto nel momento in cui vengono formulate le valutazioni stesse*”⁷⁶².

Ciò anche perché, come noto, la legge n. 194, rappresenta il bilanciamento del Legislatore statale, tra la tutela del concepito (art. 2 Cost.) e quella della vita e salute della madre (art. 32 Cost.)⁷⁶³, tanto

⁷⁶¹ Il Tar Lombardia con sentenza n. 2271 del 28 ottobre 2015, aveva annullato tale determinazione, ritenendo che la regione Lombardia in tal modo ledesse il diritto alla salute e all’autodeterminazione della coppia poiché, secondo lo stesso Tar “*trattandosi di prestazione riconducibile a una pluralità di beni costituzionali, libertà di autodeterminazione e diritto alla salute, né il Legislatore né l’autorità amministrativa, possono ostacolarne l’esercizio o condizionarne la realizzazione ponendo a carico degli interessati l’intero costo della stessa*”. Con ordinanza del 9 aprile 2015, il Consiglio di Stato ha sospeso la medesima delibera della Regione Lombardia, ritenendo che con essa si realizzasse una discriminazione tra i cittadini “*derivante dall’eterogeneità delle opzioni a livello regionale*”.

⁷⁶² Sul punto interessante il commento di Biondi alla sentenza del Tar, BIONDI F., *La sentenza del Tar per la Lombardia che ha annullato le linee guida regionali in tema di interruzione volontaria della gravidanza* in forum costituzionale, 4 febbraio 2011.

⁷⁶³ Sul bilanciamento tra i diritti si richiamano, oltre alle sentenze della Corte Costituzionale n. 26 del 1981 e n. 35 del 1997 anche D’AMICO M., *I diritti contesi*, Milano, Giuffrè, 2008, 30.

che si tratta di una legge “*a contenuto costituzionalmente vincolato*” e quindi essa non può venir meno. Dovrebbero essere le linee guida, quali atti di natura secondaria, che ponendosi in contrasto con tale legge, devono venire meno dato che non è pensabile che una fonte subordinata deroghi a quella sovraordinata.

Afferendo alla scienza e alla tecnologia, le linee guida in campo sanitario dovrebbero essere intese come una vera e propria codificazione del sapere scientifico e tecnologico, anche se, sempre più spesso, vengono ritenute solo un contenitore rispetto a cui sono “*la scienza e la tecnologia le uniche fonti certe, controllabili ed affidabili*”⁷⁶⁴.

Esempio di tale teorizzazione sono il contenuto del D.lgs. n. 211 del 2003 (in attuazione della Direttiva 2001/120/CE, che riguarda l'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico), che rinvia a successivi decreti del Ministro della Salute che determinano linee guida in conformità a determinati principi di buona pratica clinica adottati dalla Commissione UE che tali decreti hanno il compito di trasporre nel nostro ordinamento. Tali linee guida vengono definite quali “*insieme di requisiti in materia di qualità in campo etico e scientifico, riconosciuti a livello internazionale che vanno osservati ai fini del disegno, della conduzione, registrazione e comunicazione degli esiti della sperimentazione clinica con la partecipazione di esseri umani?*”.

A livello normativo, la definizione di sperimentazione clinica ricomprende “*qualsiasi studio sull'uomo finalizzato non solo a scoprire o verificare gli effetti clinici, farmacologici e/o altri effetti farmacodinamici di uno o più medicinali sperimentali, comprese eventuali reazioni avverse, ma più in generale studiarne l'assorbimento, la distribuzione, il metabolismo e l'eliminazione*”, con la finalità di accertarne in primo luogo la sicurezza e l'efficacia. Tra le fonti, in questa materia, si individuano numerose linee guida, che a seconda dei casi, presentano natura vincolante o meno e che, sono poste, in primo luogo, a livello europeo⁷⁶⁵ e poi recepite nell'ordinamento mediante decreti ministeriali o determinazioni dell'Agenzia Italiana per il Farmaco (AIFA). Secondo la dottrina, la scelta dello strumento delle linee guida, ovvero di una disciplina giuridica leggera⁷⁶⁶, si giustifica sulla sua idoneità a lasciare spazio alle determinazioni dell'etica medica da un lato e alla libertà di ricerca scientifica dall'altro.

⁷⁶⁴ Cass. Pen., sez. IV, sent. n. 16237 del 2013.

⁷⁶⁵ Si tratta della direttiva 2001/20/CE (recepita con d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211), relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione della sperimentazione di medicinali ad uso umano¹⁴⁵; e della direttiva 2005/28/CE con d.lgs. 6 novembre 2007, n. 200). Secondo la direttiva le linee guida di buona pratica clinica (Good Clinical Practice - GCP), sono “*un insieme di requisiti in materia di qualità in campo etico e scientifico, riconosciuti a livello internazionale, vincolanti ai fini della progettazione, conduzione, registrazione e comunicazione degli esiti della sperimentazione clinica con la partecipazione di esseri umani?*” (art. 1, c. 2, direttiva 2001/20/CE).

⁷⁶⁶ GIUNTA F., *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, in *Diritto pubblico*, 2/2002, 645. MANGIA A., *Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in VIOLINI L. (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano 2011.

Le linee guida europee per l'esecuzione delle sperimentazioni cliniche dei medicinali (GCP) sono state recepite con l'all. 1 del d.m. 15 luglio 1997, che le qualifica come *“le norme tecniche e procedurali di riferimento per l'effettuazione delle sperimentazioni cliniche e dei medicinali in Italia”* (art. 1, c. 1).

In merito a tali linee guida, preme sottolineare alcuni aspetti da cui si potranno approntare delle prime conclusioni sul loro valore giuridico. Infatti, la normativa precisa che *“l'aderenza a questi standard di GCP garantisce pubblicamente non solo la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere dei soggetti che partecipano allo studio, in conformità con i principi stabiliti dalla Dichiarazione di Helsinki, ma anche l'attendibilità dei dati relativi allo studio clinico”*. Non solo, ma la garanzia di conformità a tali principi⁷⁶⁷ attribuita alle sperimentazioni svolte secondo le linee guida GCP, ha peraltro un carattere assoluto: il c. 6 dispone infatti che le sperimentazioni che non vi si conformano *“non sono tenute in considerazione ai fini dell'autorizzazione all'immissione in commercio”*. Alle linee guida GCP viene data rilevanza anche da altre disposizioni normative: è in base ad esse, oltre che ad altri criteri di valutazione, che il comitato etico deve esprimere il proprio parere sul protocollo della sperimentazione, e il loro rispetto da parte degli sperimentatori viene verificato da apposite ispezioni gestite dall'Agenzia Europea per i Medicinali (EMA).

Tali linee guida hanno origine extra-giuridica: pur partecipando le autorità di regolamentazione del mercato farmaceutico al procedimento (accanto alla comunità scientifica), tuttavia l'ingresso delle linee guida di GCP nella sfera della giuridicità si è avuto solo con il loro recepimento da parte dell'allegato n. 1 del d.m. 15 luglio 1997 (cui rinvia l'art. 4, c. 2, del d.lgs. 6 novembre 2007, n. 200): la prima delle due disposizioni qualifica le linee guida alla stregua di *“norme tecniche e procedurali di riferimento per l'effettuazione delle sperimentazioni cliniche e dei medicinali in Italia”* (art. 1, c. 1)⁷⁶⁸. La seconda ne conferma la natura vincolante rispetto alle sperimentazioni stabilendo che *“le linee guida dettagliate di buona pratica clinica per le sperimentazioni a fini industriali, da osservare ai sensi dell'art. 1, c. 3 del d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211, nella esecuzione delle sperimentazioni cliniche, sono quelle stabilite dal presente decreto legislativo e dall'allegato 1 al decreto del ministro della sanità in data 15 luglio 1997”*. Inoltre, l'art. 41, c. 4 del medesimo decreto collega all'inosservanza delle linee guida, sempre *“salvo che il fatto costituisca reato”*, una consistente sanzione amministrativa. L'individuazione della loro natura giuridica, consente di

⁷⁶⁷ Proprio in virtù del loro operare come “traduttori” dei principi generali in regole specifiche, le regole di GCP conformano dal punto di vista metodologico l'effettivo svolgersi della sperimentazione: esse infatti contengono la disciplina dettagliata riguardante sia i soggetti coinvolti e le rispettive responsabilità, che i documenti da predisporre nelle diverse fasi della sperimentazione.

⁷⁶⁸ Castronuovo D., Ramponi L., Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario, in Trattato di Biodiritto, vol. IV, Belverdere A., Riondato S. (a cura di), Le responsabilità in medicina, Milano, Giuffrè, 2011, 971. Va precisato che le altre linee guida provenienti dall'ICH si collocano su un piano diverso: sebbene alla loro formazione partecipi anche l'EMA e sebbene esse siano in alcuni casi recepite per mezzo di determinazioni provenienti dal direttore dell'AIFA (l'art. 17, c. 4 del d.lgs. 6 novembre 2007, n. 200 le defiscisce quali *“linee guida ‘supplementari’*, (rispetto alle linee guida della Commissione europea in materia), esse sono prive di una vera e propria cogenza, essendo simili alle raccomandazioni: pur provenendo dai medesimi soggetti, manca in relazione ad esse l'incorporazione vera e propria mediante recepimento nell'“allegato tecnico”, caratteristica propria delle linee guida che, come già chiarito “fanno corpo” con la normativa primaria.

affrontare, ancora una volta, le questioni legate all'esercizio della potestà regolamentare del governo, rispetto al cd. fenomeno della fuga dal Regolamento, di cui si dirà più diffusamente nella parte dedicata alle linee guida Anac. Infatti, il decreto ministeriale 15 luglio 1997, e i relativi allegati, pur non presentando i requisiti formali richiesti dall'art. 17 della l. 400/1988 ai fini della qualifica come fonte regolamentare, tuttavia hanno una natura sostanzialmente normativa. Infatti, vi sono la generalità e l'astrattezza delle previsioni contenute, da intendersi quale "*idoneità alla ripetizione nell'applicazione (generalità) e come capacità di regolare una serie indefinita di casi (astrattezza)*", non potendo così essere sconosciuto il carattere normativo di un atto solo perchè non applicabile esclusivamente agli operatori di un certo settore. Volendo provare a rintracciarne la natura muovendo dalla distinzione tra atto normativo e atto amministrativo generale, andrebbe messa in evidenza l'indeterminabilità dei destinatari, dirigendosi il primo a soggetti "*indeterminabili sia a priori che a posteriori*", il secondo a soggetti "*indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è designato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti*"⁷⁶⁹.

Correlativamente, oltre alla giurisprudenza,⁷⁷⁰ al fine di indagare la natura di tali linee guida, si può ricorrere al confronto con un'altra e diversa tipologia di linee guida, utilizzate non nell'ambito della sperimentazione, ma in quello della cura. Si tratta delle "*linee guida di buona pratica medica*", che nel corso del tempo hanno assunto un ruolo centrale in materia di accertamento della responsabilità medica per fatto colposo, progressivamente oggetto di una sempre maggiore attenzione da parte del legislatore, come si vedrà più diffusamente, fino a trovare un formale riconoscimento prima con la legge c.d. Balduzzi e poi con la legge c.d. Gelli-Bianco. Dal confronto tra le due, per quanto riguarda le finalità da esse perseguite e i soggetti da cui provengono, dobbiamo premettere che le "*linee guida [...] accreditate dalla comunità scientifica*" sono prive del recepimento in allegato (come nel caso del d.m. 15 luglio 1997), dal momento che il Legislatore si limita ad un generico rinvio, lasciando all'interprete il compito di integrare il dettato normativo.⁷⁷¹ La definizione di linee guida adottata dall'Institute of Medicine di Washington D.C. nel 1992, secondo cui si tratta di

⁷⁶⁹ Si veda l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 9, 2012, § 5.4.2. del Considerato in diritto, nel qualificare come atto normativo il d.m. 6 febbraio 2006 (in G.U. n. 38 del 15 febbraio 2006), emanato dal Ministro delle attività produttive in concerto con il Ministro dell'ambiente, in carenza dei presupposti di cui all'art. 17, l. 23 agosto 1988, n. 400.

⁷⁷⁰ Si vedano la sent. del T.A.R. Lazio, sez. III, n. 1268/2013, la sent. del Consiglio di Stato, sez. III, n. 1631/2014, che conferma il provvedimento di revoca di un'autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale ("ALSIDOL") perchè gli studi volti ad accertare la bioequivalenza del farmaco "non erano stati condotti in conformità alle Linee guida delle norme di buona pratica clinica e non potevano ritenersi quindi attendibili" (punto 7). Quindi sembra che non incida la valutazione dell'efficacia terapeutica del farmaco, basandosi il provvedimento solo sul mancato rispetto delle linee guida.

⁷⁷¹ Il che pone diversi problemi sotto il profilo del principio di tassatività. Tribunale di Milano, 21 marzo 2013, con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 citato in relazione agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33 e 11 della Costituzione. La Corte (ord. 6 dicembre 2013, n. 295) ha tuttavia ritenuto la questione manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza.

“raccomandazioni di comportamento clinico, prodotte attraverso un processo sistematico allo scopo di assistere medici e pazienti nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche”⁷⁷² sembra riguardare linee guida, da un lato, meno specifiche di protocolli e check-lists e dall’altro più dettagliate dei codici deontologici⁷⁷³. In termini analoghi, la Corte di Cassazione le ha definite ovvero “*sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un’utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche*”⁷⁷⁴. Emerge quindi la funzione orientativa delle linee guida considerate: esse delineano un “*percorso diagnostico terapeutico ideale*”,⁷⁷⁵ che tuttavia non può che cedere il passo alle peculiarità presentate dal caso concreto. Tale evidente flessibilità si discosta in modo netto dalla funzione di pubblica garanzia svolta dalle linee guida di GCP elaborate dall’International Conference on Harmonization, volte non tanto a fornire un supporto nella conduzione della sperimentazione, quanto a rendere omogenee le diverse discipline nazionali, e di conseguenza raffrontabili i risultati, ai fini dell’autorizzazione all’immissione in commercio. Ancora, le linee guida da ultimo considerate vengono quindi generalmente ricondotte alla categoria delle *discipline* o delle *leges artis* non solo in base alla formazione e all’origine, ma anche ai loro contenuti e alla struttura. Diversamente, per le linee guida di GCP, ciò non è applicabile poiché esse sembrano avere un carattere più propriamente normativo⁷⁷⁶, sia sotto il profilo formale, (in ragione del recepimento per mezzo di allegato ad un decreto ministeriale), sia per quanto riguarda provenienza e modalità di formazione. Rispetto a quest’ultima, va evidenziato che essa avviene fuori del circuito tipico di formazione del diritto.⁷⁷⁷ L’incorporazione, avvenuta per mezzo di un allegato, determina infatti l’ingresso nella sfera della

⁷⁷² CAPUTO M., “Filo d’Arianna” o “Flauto magico”? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, n. 3, 2012, 877.

⁷⁷³ Il primo termine indicherebbe “un predefinito schema di comportamento diagnostico- terapeutico [...] una sequenza di comportamenti assai ben definiti come occorre, ad esempio, all’interno di un programma di ricerca clinica”. TERROSI VAGNOLI E., *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico legali*, in Rivista italiana di medicina legale, 1999, 194; il secondo indica “liste o schemi di controllo [...] che si prefiggono di ‘catturare’ gli errori generati dalla complessità crescente dell’ars medica”; su un piano diverso possiamo collocare i codici deontologici, le cui regole dovrebbero segnare “il corretto comportamento dell’operatore sanitario per quanto concerne il rapporto dialettico con gli altri professionisti e, soprattutto, con il paziente affidato alle sue cure”, presentando un carattere etico-sociale.

⁷⁷⁴ Cass. pen. n. 16237 del 2013.

⁷⁷⁵ PIRAS P. E CARBONI A., *Linee guida e colpa specifica del medico*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERINI E T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa 2009, 287, secondo cui le linee guida vanno considerate alla stregua di “un percorso diagnostico terapeutico ideale, suggerito sulla base della migliore scienza ed esperienza di un dato contesto storico da società scientifiche di prestigio internazionale. Esse nascono per agevolare i medici nel decidere quali siano le modalità di assistenza più adeguate a fronte di determinati quadri patologici”.

⁷⁷⁶ Sui rapporti tra linee guida provenienti dalla comunità scientifica e linee guida dotate di una particolare natura formale, si veda DE TURA A., *La rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico-terapeutici*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, Il Mulino, 2010, 257-274.

⁷⁷⁷ MOSCARINI A., *Le norme dei privati*, in RUOTOLO M. (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, Jovene, 2011, secondo cui, se da un lato “la tendenza a situare i processi decisionali al di fuori degli organi appartenenti al circuito di responsabilità democratica è considerata con sfavore da quella dottrina che deve il pericolo di sostituzione dei politici con gli ‘esperti’, per l’adozione di decisioni prive di discrezionalità ed imposte da valutazioni scientifiche”, dall’altro tale tendenza “crea, però, anche maggiore stabilità e certezza delle decisioni, le quali appaiono frutto non tanto di apprezzamento politico e di valutazione di opportunità, quanto prodotto di rapporti causa-effetto”.

giuridicità di un contenuto normativo elaborato altrove rispetto al quale il legislatore opera una scelta di recepimento: il dato tecnico-scientifico sfugge ad un'elaborazione in senso lato *politica* e rimane nel dominio quasi esclusivo degli attori tecnico-scientifici o economici, dando luogo a quello che è stato definito come un “*ampliamento dello spazio della tecnica rispetto a quello del potere*”.⁷⁷⁸

Se è vero che le linee guida nel settore sanitario, costituiscono uno strumento che consente di orientare i comportamenti di medici, esercenti la professione sanitaria e pazienti, è opportuno ancora capire che valore hanno, ovvero se sono un mero indirizzo o orientamento oppure hanno una reale prescrittività, o ancora se vi sono delle conseguenze giuridicamente rilevanti per il loro mancato rispetto.

Con il d.l. n. 158 del 2012 (convertito in l. 8 novembre 2012 n. 189) per la prima volta viene indicata la conseguenza del mancato rispetto di una linea guida. Infatti, l'art. 3 prescrive che “*l'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, si attiene a Linee guida e a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*”, e quindi vengono richiamate in una norma primaria le linee guida cui il medico deve attenersi nella pratica clinic. Sebbene la norma valorizzi la sola ipotesi del loro rispetto o meno, questa ipotesi costituisce la prima occasione in cui esse assumono portata generale nel settore sanitario⁷⁷⁹. Tali linee guida costituiscono un parametro di perizia, prudenza e negligenza per il medico che, se le rispetta, va esente dalla responsabilità. Esse godono di una loro specifica autorevolezza, integrano il precetto primario ovvero, nello specifico, il dovere di diligenza, perizia e prudenza che deriva dalla fonte da cui provengono ovvero la normativa primaria e dall'organo che le emana ovvero il Ministero della sanità o la società di medicina.

Rispetto alla fonte da cui provengono, dobbiamo sottolineare che, con l'art. 3 della c.d. legge Balduzzi, le linee guida in campo sanitario vengono attratte al sistema delle fonti, collocandole in un grado che non dovrebbero avere, poiché hanno, naturalmente, una cogenza ed efficacia diversa dalla norma primaria. Tuttavia come già accennato, ormai la loro diffusione nell'ambito sanitario è tale per cui è ormai necessario indagare la loro natura in relazione alla scienza medica e sanitaria e comprenderne così anche il grado di vincolatività e normatività.

Come già chiarito, le linee guida stigmatizzano un certo comportamento da tenere in una data situazione, in assenza di variabili che, esterne alla fattispecie, mettano a repentaglio l'efficacia della regola. Ciò spiega perché, a certe condizioni, il medico è obbligato a derogare a quelle stesse linee guida che, diversamente, limiterebbero, la sua responsabilità e comporterebbero un risarcimento del danno. Il diritto positivo, quando pone un determinato precetto, prefigura un certo

⁷⁷⁸ MILAZZO P., *Diritto alla salute e sperimentazione medico-farmacologica, fra norme tecniche, standard internazionali e valutazione etico-amministrativa*, in BONETTI P., CARDONE A., CASSATELLA A., CORTESE F., DEFFENU A. (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2014, 60.

⁷⁷⁹ SIRENA P.A., *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, in Altalex.com, maggio, 2013.

comportamento in vista di un determinato risultato che viene valutato come socialmente utile. Quindi, la violazione di un certo precetto è una condizione, necessaria e al contempo sufficiente, per far seguire la sanzione, poiché l'antigiuridicità della condotta è di per sé contraria al progetto di società proprio del diritto positivo. Le linee guida invece stigmatizzano una situazione astratta a cui viene collegato un certo comportamento da seguire sulla base di una regola dell'esperienza o della miglior scienza. È evidente che la situazione con cui il medico si confronta in concreto è diversa da quella con cui si confronta in astratto laddove il caso clinico concreto potrà essere interessato da più patologie ciascuna con una diversa linea guida di riferimento. Questo costituisce l'aspetto più critico, sebbene per come ormai intese dalla comunità scientifica, sia impossibile ritenerle solo quale “*strumento di trasparenza nelle decisioni prese in sede di esecuzione delle prestazioni professionali così da assicurare il grado di perizia richiesto e la diligenza da valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*”. Ciò deve essere evidente nella scelta del medico che ha seguito o si è discostato dalla regola posta nella linea guida. Infatti, risulterebbe antigiuridico solo aver ignorato del tutto la linea guida nel senso di averne ignorato completamente l'esistenza.

Dopo la legge Balduzzi, dunque, le linee guida vengono ritenute diritto positivo a tutti gli effetti, con la *ratio* di positivizzare determinate regole di condotta e favorire il controllo a posteriori dell'operato del singolo medico, ove il parametro della sua condotta diventa il contenuto delle stesse.

Ritenute diritto positivo, le linee guida in campo sanitario vanno approfondite rispetto all'accertamento della responsabilità del sanitario in ipotesi di loro mancato rispetto.

Come noto, i primi studi ad occuparsi delle linee guida in campo sanitario provengono dagli Stati Uniti.

Già nel 1993, 2009, 2013, 2014, sono stati proposti numerosi progetti di legge federali riguardanti l'uso delle linee guida, ma è il *Medical liability demonstration project* adottato nel Maine nel 1990 il primo intervento normativo in tema di *guidelines*. Ad esso seguirono numerosi *statutes*, di cui in questa sede non si può dare conto dettagliatamente, aventi ad oggetto linee guida che costituiscono un modello basato sull'attribuzione (alla pubblica amministrazione), del potere di emanare linee guida vincolanti per una determinata classe di medici, indicando un “pre-soluzione” del significato giuridico del rispetto delle linee guida ai fini della decisione sulla *medical malpractice*.

Accanto agli *statutes*, uno sguardo è d'obbligo anche al diritto ricavabile dalle pronunce delle Corti Superiori. Solo in tre Stati, le linee guida sono state ritenute indicative di *standard of care* ed ammissibili, altre Corti ne evidenziano una sola funzione di supporto al medico⁷⁸⁰.

⁷⁸⁰ Per una disamina completa, MASIERI C.M., *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla legge Gelli-Bianco*, Giuffrè, 2019, 188 e ss.

Nel nostro ordinamento, le prime linee guida in campo sanitario risalgono al 1997, con la legge finanziaria del 1997 che ha previsto una prima normativa relativa a linee guida per la pratica clinica. Correlativamente, dietro al termine “*percorsi*” si celavano numerose linee guida in campo sanitario e con il d.m. 30 giugno 2004 venne istituito un sistema Nazionale delle linee guida che avviava un processo di definizione di linee guida consensuali come “*terreno di accordo professionale sulle migliori strategie diagnostico-terapeutiche alla luce delle conoscenze scientifiche e come elemento di trasparenza nei rapporti con il pubblico*”.

Correlativamente, anche al livello Europeo si segnalano numerose linee guida nel settore sanitario, come ad es. le linee guida europee per lo screening del tumore alla mammella, del tumore alla cervice uterina e al colon retto; le linee guida dell’Unione europea di buona pratica clinica per la esecuzione delle sperimentazioni cliniche dei medicinali recepite con d.m. 15 luglio 1997 in Italia.

Nel programma di azione in materia di salute 2014-2020, tra le priorità figura il *develop guidelines and tools to promote quality and patient safety*.

Gli interpreti d’oltre oceano, a fronte dell’atteggiamento dei medici, proposero di imporre al giudice di formarsi un’autonoma cognizione dell’esistenza delle linee guida, solo in funzione difensiva. Così facendo, le linee guida andrebbero considerate una regola a contenuto precettivo, tenuto anche conto che resta sempre, in capo alla Corte, l’obbligo di verificare l’autorevolezza dell’organo che ha emanato la linea guida. Sulla base di ciò venne proposto che le linee guida assumessero il carattere di *force of law*⁷⁸¹ e che quindi da una condotta difforme da esse, seguisse automaticamente la condanna del medico che invece andrebbe esente da qualunque responsabilità se provasse di averle rispettate.

Sul punto è interessante richiamare che, in relazione al programma di finanziamento della ricerca in materia di *medical malpractice*, promosso dalla *Agency for Healthcare research and quality* federale, si ebbe, nel 2010, un elevatissimo interesse per le linee guida. Infatti, da uno studio relativo allo stato dell’Oregon, emerse come le linee guida svolgessero, già nel diritto vigente, un ruolo di tutela del medico, qualora egli vi si fosse adeguato.

Se si ritenesse che, dalla mancata osservanza di una linea guida, non derivi alcuna responsabilità, allora vi sarebbe, secondo alcuni, un problema di coerenza legislativa⁷⁸². Diversamente, ammettendo l’esistenza di responsabilità si riterrebbe, almeno in via indiretta, l’esistenza di una vincolatività delle linee guida.

⁷⁸¹ BLUMSTEIN J.F., *Medical malpractice standard-setting: Developing malpractice “safe harbors” as a new role for QIOs?* Vand. L.Rev., 1017, 2006, 1036-37.

⁷⁸² PIRAS S., *In culpa sine culpa. Commento all’art. 3 comma 1, 8 novembre 2012 n. 189* in Dir. Pen. Cont., 26 novembre 2012.

Per questo rimane un tema critico comprenderne a pieno il grado di precettività. Infatti, è ancora dubbio⁷⁸³ se si attribuisce loro la precettività propria degli atti di diritto positivo a causa della gradualità con cui vengono ritenute vincolanti, nel senso che se un paziente è affetto da plurime patologie, il medico avrà difficoltà ad applicare linee guida standardizzate; diversamente, nel caso del parto, l'ostetrica si troverà ad assistere pazienti con situazioni tendenzialmente omogenee, cui possono essere applicate procedure uniformi⁷⁸⁴. In tal senso quindi non si può che confermare quanto già osservato sulla normatività graduata degli strumenti di soft law di cui fanno parte le linee guida: tali norme secondarie non possono essere ritenute alla stregua della legge sotto il profilo della vincolatività, ma il loro ruolo va graduato in relazione alla loro idoneità a rendere il comportamento del medico trasparente, consentendogli di spiegare la perizia impiegata nella fase di esecuzione della prestazione sanitaria e non a posteriori. Il medico, quindi, non vede compromessa la propria libertà, ma ha una prova più complessa sotto il profilo della diligenza.

Delle linee guida in campo sanitario va valutato, da un lato il fine per cui sono predisposte e dall'altro il costante aggiornamento. Ciò, nel caso in cui il loro scopo sia concorrere a creare protocolli o prassi da seguire nella diagnosi, terapia o nelle dimissioni del paziente, nella tenuta della cartella clinica, come creare una prassi da usare con i pazienti per la corretta informazione prima e durante la terapia.

Come già anticipato, due sono stati gli interventi del Legislatore con cui una norma primaria ha disciplinato l'applicazione delle linee guida. Si tratta del c.d. decreto Balduzzi d.l. 13 settembre 2012 n. 158 conv. Con modifiche in legge n. 189 del 2012 e della legge 8 marzo 2017 n. 24 nota come legge Gelli Bianco.

In merito al primo, l'art. 3 comma 1 statuisce che *“il giudice... tiene debitamente conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica”*, a seguito del quale le linee guida hanno cominciato a costituire un parametro per l'accertamento della responsabilità del medico. La giurisprudenza di legittimità si è pronunciata di frequente sull'interpretazione dell'art. 3 asserendo che *“le linee guida rappresentano un valido ausilio scientifico per il medico che con queste si deve confrontare, ma non fanno venir meno l'autonomia del professionista nelle scelte terapeutiche perché l'arte medica, non basandosi su protocolli a base matematica è suscettibile di accogliere diverse pratiche e soluzioni efficaci, nel cui alveo scegliere in relazione alle varianti del caso specifico che il solo medico può apprezzare in concreto”*⁷⁸⁵. Sennonché hanno altresì ritenuto che *“le linee guida assolvono solo allo scopo di orientare l'attività del medico, il quale però deve considerare sempre*

⁷⁸³ Alcuni dubbi emergono dalla trattazione di FRANZONI M., *Colpa e linee guida*, in danno e responsabilità, 8-9/2016, 805 e ss.

⁷⁸⁴ Sul punto si rinvia a DOMINICI E GUIDI, *Linee guida e colpa medica: spunti di riflessione*, in Danno e responsabilità, 2014, 353.

⁷⁸⁵ Cass. Pen., sez. IV, sent. n. 35922 del 2012.

le esigenze del paziente, anche considerato che talvolta le linee guida hanno matrice economico-gestionale e si pongono in contrasto con la necessità del malato. L'osservanza o l'inosservanza delle linee guida non determina (né esclude) automaticamente la colpa del sanitario⁷⁸⁶. Tuttavia, la giurisprudenza ha anche precisato che il giudice, per accertare la responsabilità del medico, rimane libero di valutare il rispetto o meno delle linee guida come elemento determinante che avrebbe evitato il fatto che si imputa allo stesso medico. Ciò trova conferma nel fatto che, secondo una pronuncia successiva è stato giudicato in colpa il medico che “*si attiene alle linee guida accreditate anche quando la specificità del quadro clinico del paziente imponga un percorso terapeutico diverso rispetto a quello indicato nelle menzionate linee guida*”⁷⁸⁷. Sul punto, gli interpreti⁷⁸⁸, hanno evidenziato come risultato paradossale il fatto che le linee guida risultano generiche ed elastiche, possono essere rispettate, ma non risultano concretamente utili. Diversamente, se sono specifiche e rigide, allora possono essere violate per il bene del paziente. Secondo la giurisprudenza di legittimità, inoltre, le linee guida in campo sanitario, non costituiscono “*uno strumento di precostituita, ontologica affidabilità, ma vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiarità di ciascun caso clinico*”⁷⁸⁹.

Tuttavia dobbiamo evidenziare che le previsioni tecniche, come sono appunto le linee guida in campo sanitario, nel momento in cui vengono poste all'attenzione della giurisprudenza⁷⁹⁰, divengono giuridicamente prescrittive e così, sembrano smarrire le loro originarie connotazioni di validità generale e di probabilità statistica, tipiche della razionalità scientifica⁷⁹¹. In tal senso, la scientificità di esse verrà influenzata dalle circostanze di fatto e di diritto sulla cui base verrà valutata la condotta che alla previsione tecnica va relazionata. Pertanto è evidente che, nonostante l'autorevolezza che la scientificità conferisce a tali fonti, tuttavia esse non dovrebbero mai prevalere “*sull'esigenza di contestualizzare i comportamenti umani e far prevalere l'autorità del diritto nel caso concreto attraverso la funzione giurisdizionale*”⁷⁹².

Non essendo questa la sede per affrontare i numerosi problemi legati a linee guida e responsabilità penale del sanitario, rispetto ad essa dobbiamo affrontare solo un profilo, oggetto dell'ordinanza

⁷⁸⁶ Cass. Pen., sez. IV, sent. n. 35922 del 2012.

⁷⁸⁷ Cass. Pen., sez. IV, sent. n. 2168 del 2014.

⁷⁸⁸ FEDERSPIL G., SCANDELLARI C., *Le linee guida nella pratica clinica: significato e limiti*, in Professione Sanità Pubblica e medicina pratica, 1996, 4.

⁷⁸⁹ Cass. Pen., sez. IV, sent. n. 16237 del 2013.

⁷⁹⁰ Secondo una parte della dottrina, Castorina, è attraverso l'opera della giurisprudenza che è possibile apprezzare il vero valore giuridico delle linee guida. Infatti “*non può certamente assumere un ruolo passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico, ma deve svolgere un penetrante ruolo critico, divenendo (...) custode del metodo scientifico*”: in conclusione, le Linee guida non costituiscono uno “*strumento di precostituita, ontologica affidabilità (...), [bensì] vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico*”. Sul punto, Cass. pen., Sez. IV, sent. 29.01.2013, n. 16237, ed anche CASTORINA E., *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in Rivista AIC, 4/2015, 44.

⁷⁹¹ CASTORINA E., op.cit., 42 e ss.

⁷⁹² Secondo Jasanoff: “*le Corti sono disposte a rispettare le pretese di autonomia della scienza a patto che non collidano con gli interessi sostanziali e procedurali del sistema giuridico, inclusa la rivendicazione del diritto nel determinare quali fatti siano processualmente rilevanti?*” JASANOFF S., *La scienza davanti ai giudici*, Milano, Giuffrè, 2001, 167.

del 21 marzo 2013 con cui il Tribunale di Milano ha sollevato questione di legittimità Costituzionale dell'art. 3 della l. n. 189 del 2012 per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33 e 111 Cost. Infatti con tale ordinanza viene posta in discussione l'osservanza del principio di tassatività laddove *“non vengono specificate le fonti delle linee guida, quali siano le Autorità titolate a produrle, quali siano le procedure di raccolta dei dati statistici e scientifici, di valutazione delle esperienze professionali, quali siano i metodi di verifica scientifica, e infine quale sia la pubblicità delle stesse per diffonderle e per renderle conoscibili agli stessi sanitari; così come per le prassi non viene specificato il metodo di raccolta, come possa individuarsi la comunità scientifica e se l'accreditamento debba provenire dalla comunità scientifica locale, regionale, nazionale, europea o internazionale”*. Si pone un problema di provenienza delle linee guida, poiché è necessario che esse, per poter acquisire un effetto almeno relativamente vincolante per il medico, provengano da soggetti qualificati ovvero siano fornite da *“enti, istituzioni, società scientifiche che si sono presentate nell'arengo scientifico con le carte in regola perché venga loro riconosciuta l'autorità necessaria per formulare consigli, prescrizioni, raccomandazioni in singoli settori dell'attività sanitaria”*⁷⁹³.

Alla luce della giurisprudenza richiamata, risulta evidente che le linee guida e non la legge costituiscono le fonti di produzione (e non di cognizione) dei comportamenti che il sanitario deve tenere o che dovrebbe tenere in un determinato contesto terapeutico⁷⁹⁴ anche in funzione del determinarsi della propria responsabilità, sia in sede civile, sia in sede penale. In tal senso, secondo alcuni orientamenti, l'osservanza delle linee guida non può mai costituire esonero da responsabilità: esse possono fungere da criterio di garanzia minima uniforme di diligenza nell'esercizio della prestazione professionale e, essendo generali ed estratte, richiedono di essere applicate ed adattate al caso concreto o disattese purchè motivatamente. Esse costituiscono regole cautelari che non possono in radice escludere che il medico possa ritenere più adeguate prassi mediche che esse non contemplano⁷⁹⁵.

Se è vero che sono le linee guida e non la legge a declinare i comportamenti del sanitario, allora ciò conferma la crisi della legge rispetto al sistema delle fonti poiché come attenta dottrina ha sottolineato, vi è *“la dislocazione della decisione al di fuori del circuito politico rappresentativo, in una sede che vorrebbe presentare un carattere neutrale”*⁷⁹⁶.

Se fino alla legge Balduzzi, sembrava che le linee guida costituissero delle fonti cui il Legislatore faceva affidamento dall'esterno, con la legge Gelli, come si vedrà, questo non sembra essere più così certo.

⁷⁹³ PIRAS P., CARBONI A., *Linee guida e colpa specifica del medico*, in AAVV, *Medicina e diritto penale*, (a cura di) CANESTRARI S., GIUNTA F., GUERRINI R., PADOVANI T., Pisa, 2009, 287.

⁷⁹⁴ MOSCARINI, op.cit., 113 e ss.

⁷⁹⁵ APREA F., *Sulla rilevanza delle “linee guida” ospedaliere nella valutazione della colpa medica*, in *Giur. it.*, 2012, 159.

⁷⁹⁶ MOSCARINI, op.cit., 116.

Infatti, a meno di cinque anni dalla legge Balduzzi, il Legislatore è nuovamente intervenuto con la legge c.d. Gelli- Bianco⁷⁹⁷ il cui articolo 5 costituisce l'inquadramento teorico delle linee guida nell'ambito della qualificazione normativa. Esso al primo comma dispone che *“gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salvo le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3⁷⁹⁸ ... in mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali”*. Dal tenore normativo, sembra che le linee guida siano da intendersi quali parametri per valutare un'eventuale imputazione di responsabilità, anche civile⁷⁹⁹ e sembra anche che non siano delle fonti fatto, ma con la previsione della loro pubblicazione, legittimazione tecnico- scientifica di chi le ha elaborate, con la validazione metodologica e contenutistica e l'inserimento in una raccolta ufficiale, ne viene irrobustito il ruolo quali vere e proprie fonti produttrici del diritto⁸⁰⁰. In esse si esalta il dialogo tra diritto e tecnica poiché, nate da esperienze extra-giuridiche, esse sono transitate nel giuridicamente rilevante nei settori *“in cui il governo è affidato a regole che al diritto abbinano i dettami di altre scienze, ovvero la medicina, così da completare e specificare il precetto normativo, dispiegando effetti sulla successiva attività degli addetti ai lavori dello specifico settore interessato”*⁸⁰¹.

Inoltre, secondo attenta dottrina⁸⁰², l'art. 5 detta una disciplina che mira a vincolare tutti i soggetti, coinvolti nell'esercizio dell'attività sanitaria (vincolo che non si evinceva dal dettato dell'art. 3 della l. Balduzzi), al contenuto delle raccomandazioni contenute nelle linee guida.

Rispetto alla legge Balduzzi che declinava il riferimento alle linee guida e buone pratiche nei termini di esenzione dalla responsabilità, la legge Gelli, propende per un approccio positivo, stabilendo che gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie si attengono alle raccomandazioni contenute nelle linee guida. Sul punto, è necessario spendere qualche altra parola. Infatti, l'utilizzo del termine raccomandazione è un'altra novità della legge Gelli, in cui viene

⁷⁹⁷ Sui commenti alla legge Gelli- Bianco, si rimanda a Masieri, nota 168 pag. 297-298 e nello specifico anche a ALPA G. (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017 n. 24*, Pisa, Pacini, 2017; CARPANI G., FARES G., (a cura di), *Guida alle nuove norme sulla responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁷⁹⁸ Art. 5 comma 3 l. n. 24 del 2017: *“Le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborati dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), il quale è disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, da emanare, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, con la procedura di cui all'articolo 1, comma 28, secondo periodo, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e successive modificazioni, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. L'Istituto superiore di sanità pubblica nel proprio sito internet le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni”*.

⁷⁹⁹ MASIERI, op.cit., 299.

⁸⁰⁰ CATELANI, MILAZZO, op.cit., 336.

⁸⁰¹ FARES G., *Le linee guida nel sistema delle fonti: efficacia giuridica e centralità della procedura di accreditamenti*, in AA.VV., *Guida alle nuove norme sulla responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, op.cit., 97.

⁸⁰² SERGES, op.cit., 14.

previsto che il medico non si attiene direttamente alle linee guida, bensì alle raccomandazioni in esse contenute. Secondo alcuni interpreti quindi sembrerebbe che il vincolo per il medico, sia relativo alle sole parti delle linee guida che si configurano come precise norme di comportamento e quindi vi sarebbe un pericoloso accavallarsi della nozione di linea guida e raccomandazione⁸⁰³.

Un altro aspetto innovativo dell'art. 5, concerne i soggetti che possono produrre linee guida: si tratta solo delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con Decreto del Ministero della salute e non enti e istituzioni pubblici e privati⁸⁰⁴. La differenza di disciplina può essere compresa dalla lettura del comma 2: l'iscrizione nell'elenco del Ministero della salute dovrebbe garantire che le linee guida provengano da determinati soggetti e ciò li rende esenti da rischi che le rendano inutilizzabili rispetto alla responsabilità del medico. In tal senso, la dottrina,⁸⁰⁵ afferma che il Legislatore, per evitare “*il monopolio delle linee guida*” nelle mani di gruppi ristretti di medici, ha imposto dei requisiti minimi circa l'associazione da cui proviene il documento.

Come già precisato, vi è un sistema nazionale di linee guida che contiene numerose linee guida in campo sanitario, le quali rientrano in tale sistema a seguito di un complesso processo di inserimento disciplinato dall'art. 5 del d.m. del 27 febbraio 2018. Tali linee guida vengono altresì certificate dall'Istituto Superiore di sanità non necessitando quindi di un ulteriore vaglio circa la loro validità scientifica. Dovrebbe discenderne la loro certa qualificazione quali norme giuridiche. Secondo una parte della dottrina, la veste formale che esse assumono è quella di un decreto ministeriale destinato a contenere l'elenco dei soggetti cui è affidato il compito di elaborare linee guida. Formalmente quindi il Ministero individua i soggetti abilitati, le linee guida vengono concretamente elaborate dai soggetti pubblici e privati operanti nel settore scientifico⁸⁰⁶.

Tali linee guida nascono dalla collaborazione tra pubblico e privato, ma va evidenziato che l'attività della pubblica amministrazione non si esaurisce con l'emanazione del d.m. relativo all'elenco delle società e associazioni scientifiche. Quindi, secondo altra dottrina, le linee guida pubblicate nel

⁸⁰³ Se si considera anche che il glossario Ministeriale definisce le linee guida quali raccomandazioni e quindi porta a sovrapporle o addirittura a creare un'unica nozione. CATELANI E., MILAZZO P., *La tutela della salute nella nuova legge sulla responsabilità medica. Profili di diritto costituzionale e pubblico*, Istituzioni del federalismo, 2/2017, 333.

⁸⁰⁴ Secondo una parte della dottrina, le linee guida elaborate da istituzioni pubbliche potrebbero “*nascondere una doppia natura di metro di una prestazione esatta, ma anche di momento di scelta essenzialmente politica in ordine alla misura e al modo delle prestazioni erogabili*”. Con la legge Gelli non dovrebbero esserci difficoltà a distinguere una linea guida avente solo valenza clinica e una solo organizzativa, poiché vi sono le linee di indirizzo organizzative di sicurezza dell'art. 3 e le linee guida clinico-assistenziali dell'art. 5. CONTI G.L., *Protocolli terapeutici, linee guida in ambito sanitario e loro giustiziabilità*, in BONETTI P., CARDONE A., CASSATELLA A., CORTESE F., DEFFENU A., GUAZZAROTTI A. (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, Aracne, 2015, 1107.

⁸⁰⁵ MASIERI, op.cit., 302.

⁸⁰⁶ SERGES, op.cit., 15.

sistema andrebbero intese quali atti amministrativi, tali da essere disapplicati in presenza dei presupposti di legge per la disapplicazione⁸⁰⁷.

Pertanto, merito della legge Gelli, è aver previsto un vero e proprio processo di codificazione delle linee guida, intanto sotto il profilo della legittimazione degli autori delle stesse, poi sotto il profilo della loro integrazione in un sistema accessibile ed infine sotto il profilo della loro verifica da parte di un organo esterno agli autori della stessa linea guida.

Tuttavia, al di là dei possibili inquadramenti, le linee guida contenute nella legge Gelli, costituiscono regole a contenuto medico-scientifico, prive di uno strumento di coercizione specifica, che non attribuiscono diritto, né sono finalizzate alla risoluzione di conflitti tra diritti o interessi. Nonostante la mancanza di una coercizione o sanzione espressa, tuttavia dal mancato rispetto delle linee guida possono derivare delle conseguenze giuridicamente rilevanti per i destinatari diretti, ma anche per quelli indiretti, tanto da poter invocare la tutela in giudizio. La mancanza di una vincolatività formale espressamente prevista, non impedisce che tali atti, pur non incidendo con effetti costitutivi pieni, accertativi o dichiarativi della realtà giuridica, non riescano a produrre *de facto*, con il reale condizionamento dei destinatari dell'atto, una modificazione della realtà materiale da cui scaturiscono delle conseguenze talvolta anche lesive, per la sfera giuridica dei terzi.

Le linee guida, costituendo la regola cautelare da seguire nel caso di specie, si collocano al livello della “*qualificazione giuridica della condotta medica*” e quindi esse a tutti gli effetti costituiscono disposizioni che integrano il precetto della norma primaria. Va precisato, sul punto, che esse non hanno i caratteri propri dei regolamenti, come già si è avuto modo di chiarire e quindi non possono specificare la norma primaria senza derogarvi; esse quindi in quanto norme secondarie o secondo alcuni addirittura terziarie, non hanno l'efficacia di una legge (dispositiva o imperativa) nel diritto positivo. Ciò potrebbe essere conferma da una pronuncia recente della Corte di Cassazione civile⁸⁰⁸, la quale ha statuito che “*le linee guida non rappresentano un letto di Procuste insuperabile. Esse sono solo un parametro di valutazione della condotta del medico: di norma una condotta conforme alle linee guida sarà diligente, mentre una condotta difforme dalle linee guida sarà negligente o imprudente. Ma ciò non impedisce che una condotta difforme dalle linee guida possa essere ritenuta diligente, se nel caso di specie esistevano particolarità che impedivano di non osservarle così come una condotta ad esse conforme può essere ritenuta colposa, avuto riguardo alle particolarità del caso*”.

Tuttavia, si evince distintamente che tali linee guida rivestono carattere normativo, pur essendo, come già detto, prive di un sicuro fondamento legislativo, muovendosi fuori dalla disciplina dell'art. 17 della legge n. 400/1988, sia perché la delega e il decreto legislativo che ne consente l'adozione

⁸⁰⁷ ROMAGNOLI G., *Il ruolo delle pubbliche amministrazioni e dei loro atti nella c.d. legge Gelli in materia di sicurezza delle cure, della persona assistita e di riforma della responsabilità sanitaria (l. n. 24/2017)* in Resp.civ. prev. 2017, 6, 2019.

⁸⁰⁸ Cass. Civ., sez. III, 30 novembre 2018 n. 30998.

si esprime in termini generici, tanto che ancora una volta, sembra vi sia una possibile violazione del principio di legalità.

In conclusione, una parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che tali linee guida integrino una nuova fonte del diritto compatibile con il nostro sistema costituzionale poiché, in quanto fonti-atto, esse “*imputerebbero ad un soggetto (le società scientifiche) il potere normativo, prefigurando un procedimento di formazione e contenuto dell’atto, inteso nell’accezione di documento contenente le prescrizioni che vincolano l’operato dell’esercente la professione sanitaria*”⁸⁰⁹. Diversamente, secondo altri, si tratterebbe di meri atti integrativi di disposizioni legislative⁸¹⁰.

3. Le Linee guida nel diritto dell’ambiente e nel diritto all’ambiente

Le linee guida nel diritto dell’ambiente si collocano nell’*environmental soft law*, al cui interno si potessero iscrivere anche le linee guida⁸¹¹.

È opportuno premettere alcune riflessioni in tema di soft law ed ambiente, al fine di ricostruire la cornice in cui si inseriscono tale particolare tipologie di linee guida.

Secondo una parte della dottrina,⁸¹² non è possibile ricostruire in modo unitario la disciplina giuridica dell’ambiente e quindi ricavarne una nozione univoca in quanto ad esso si riferiscono normative molto diverse distinguibili tra quelle legate al paesaggio da un lato, alla difesa del suolo, dell’acqua e dell’aria dall’altro e infine, quelle legate all’urbanistica.

Pertanto, secondo lo stesso Giannini, “*in realtà nel linguaggio normativo l’ambiente, per quanto di continuo evocato, non è definito né definibile, non ne sono precisate le condizioni d’uso, né è riducibile in enunciati prescrittivi*”⁸¹³.

⁸⁰⁹ FARES, op.cit., 100.

⁸¹⁰ Si rinvia a Moscarini che invece le riconduce alle norme tecniche di fonte privata e quindi il criterio di collegamento di queste linee guida con l’ordinamento generale è più sfumato di quello delle regole tecniche tout court. Mentre infatti la regola tecnica può integrare, ma più spesso, sostituire, per mezzo del rinvio, la norma giuridica, nel caso delle linee guida sulla responsabilità del medico, esse possono integrare, ma non sostituire il precetto giuridico. MOSCARINI, op.cit., 111.

⁸¹¹ Già Dupuy aveva precisato, nell’ambito del soft lawmaking process, che avessero un loro posto anche le guidelines “*adopted by other apparently concurrent international authorities...*”; Dupuy le elenca tra i non binding instruments come atti in cui the softness of the instrument corresponds to the softness of its contents. DUPUY P.M., *Soft law and the international law of environment*, Michigan Journal of International Law, Vol. 12, Issue, 2.

⁸¹² GIANNINI M.S., *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in Riv. trim. dir. Pubbl., 1973, 15. Alla tripartizione gianniniana, una parte della dottrina ha contrapposto una bipartizione tra la nozione di ambiente che contraddistingue la disciplina del paesaggio e quella desumibile dalle norme sulla difesa dell’acqua, dell’aria e del suolo, finalizzate tutte alla tutela della salute ex art. 32 Cost., oppure una bipartizione fondata sulle due distinte aree di funzioni omogenee (gestione sanitaria e gestione territoriale-urbanistica) connesse rispettivamente alla disciplina del diritto ad un ambiente salubre e a quella relativa alle forme ed all’assetto del territorio. CAVALLO B., *Profili amministrativi delle tutele dell’ambiente: il bene ambientale tra tutela del paesaggio e gestione del territorio*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1990, 397 s.

⁸¹³ GIANNINI, op.cit., 15.

Ciò in quanto l'ambiente non può essere ritenuto come un oggetto statico, ma va letto ed interpretato in chiave evolutiva e dinamica ed inoltre, proprio perché variamente definito ed interpretato, la sua definizione risulta relativizzata.

Quanto detto incide anche inevitabilmente sulle fonti in materia ambientale e in particolare su una specifica categoria, le fonti di *soft law* ed in particolare, tra di esse, le linee guida, quali fonti che ormai, sia a livello europeo, sia interno, disciplinano molteplici settori afferenti l'ambiente⁸¹⁴, nel suo binomio indissolubile⁸¹⁵ con la salute e l'alimentazione. Sia al livello internazionale⁸¹⁶ ed europeo⁸¹⁷ come a livello interno, l'ambiente quale bene pubblico globale⁸¹⁸, riceve da sempre una tutela multilivello⁸¹⁹ in cui il contributo degli strumenti di *soft law* nella continua evoluzione della tutela giuridica dell'ambiente⁸²⁰ è da sempre molto significativo.

⁸¹⁴ Sul punto vedi ITALIA V., *Le linee guida e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016.

⁸¹⁵ Buscema riferisce che "L'ambiente, quale bene giuridico unitario, contraddistinto da una propria ed autonoma rilevanza, considerato nella sua interezza e complessità, rappresenta un fattore determinate ed imprescindibile per una vita salubre. In tal senso, ambiente e salute costituiscono un binomio indissolubile; qualunque pregiudizio arrecato al primo non può non ripercuotersi, talvolta con conseguenze catastrofiche, sull'integrità psico-fisica dell'individuo". In BUSCEMA L., *La ricerca del difficile bilanciamento tra esigenze di difesa e sicurezza militare dello Stato e la tutela dell'integrità dell'ambiente e della salute della popolazione alla luce dei principi di precauzione e responsabilità*, in Giur.Cost., 1. Vedi anche CASTELLANETA M., *L'individuo e la protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, in Riv. dir. internaz., 2000, 04, 913 ss.

⁸¹⁶ Per la letteratura in materia si richiama CORDINI G., FOIS P., MARCHISIO S., *Diritto ambientale*, Torino, Giappichelli, 2017. In particolare Marchisio riferisce di due fasi in cui si è avuta l'evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente e nello specifico "la prima, iniziata con la Conferenza delle Nazioni Unite di Stoccolma del 1972 sull'ambiente umano, è caratterizzata dalla conclusione di numerosi trattati di carattere settoriale, basati sul principio di prevenzione del danno (fase del funzionalismo ambientale); la seconda, inaugurata dalla Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo del 1992, coincide con l'estensione della cooperazione internazionale alle questioni ambientali globali, disciplinate da convenzioni a vocazione universale fondate sul principio di precauzione (fase del globalismo ambientale)".

⁸¹⁷ La politica ambientale è infatti uno dei principali ambiti in cui si estrinseca l'azione dell'Unione Europea come viene precisato in ROTA R., *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in Trattato di diritto dell'ambiente, op.cit., 151 ed anche MONTINI M., *Unione Europea e ambiente*, in NESPOR S., DE CESARIS A.L., *Codice dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2009. È interessante notare che, come nel diritto internazionale, anche nell'ambito del diritto UE, l'evoluzione del diritto dell'ambiente è stata descritta in diverse fasi. JANS H.J., *European Environmental Law*, Groningen, 2000; KRAMER L., *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002 ed anche CATALDI G., voce *Ambiente* (tutela dell') Diritto della Comunità europea, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 2001 secondo i quali la prima fase copre il periodo che va dall'entrata in vigore dell'originario Trattato istitutivo della CEE (1958) fino al 1972 mentre la seconda arriva fino al 1987 ed è contrassegnata dall'attenzione, da parte delle Istituzioni europee, della questione ambientale ed infatti furono adottati i primi due programmi di protezione ambientale. Nel sistema delle fonti del diritto europeo, l'art. 174 del Trattato fa espressamente riferimento al ricorso in materia ambientale "alle modalità della cooperazione della Comunità possono formare oggetto di accordi, negoziati", proclamando in tal modo il ricorso a tipologie di atti soft in materia ambientale. Sul punto si richiama DE LUCA P., *Gli atti atipici nel diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2012, 12 e MARTINICO G., *Dalla nozione alle tipologie: appunti sul diritto delle fonti nell'ordinamento dell'Unione europea*, in Nuove Auton. 2010, 139-165 e FERRARO F., *Le fonti del diritto dell'Unione Europea*, in Riv.dir. pubbl. comp. Eur., 2008, 60 e CANNIZZARO E., *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell'Unione europea*, in Dir. Un. Eur., 4-2005, 651.

⁸¹⁸ La nozione di bene pubblico globale è stata coniata negli anni novanta nell'ambito del Programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo. Si richiama il contributo di KAUL I. GRUNBERG I., STERN M., *Global Public Goods: international Cooperation in the 21St Century*. Oxford University Press, Oxford, 1999; SANDTLER T., *Global Collective Action*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

⁸¹⁹ Vedi Antonelli, che afferma: "la tutela multilivello dell'ambiente importa per definizione la concorrenza di tutti i settori dell'ordinamento verso la protezione del bene ambientale" in ANTONELLI G., *Tutela multilivello dell'ambiente, risarcimento del danno e legittimazione ad agire* in Giustamm, 11/2016. Sempre in tema di tutela multilivello dell'ambiente si richiama anche F. GABRIELE, M. NICO, *La tutela multilivello dell'ambiente*, Cacucci, 2005 e Trattato di diritto dell'ambiente (a cura di) DELL'ANNO P., PICOZZA E., Padova, Cedam, 2012.

⁸²⁰ In trent'anni si è dunque assistito alla progressiva formazione ed entrata in vigore di un imponente corpus di norme in materia ambientale, si pensi ai trattati dalla portata universale relativi alla disciplina di fenomeni quali la rarefazione dello strato di ozono, il cambiamento climatico, la desertificazione, la sicurezza biologica, la biodiversità. Cfr. MUNARI

Secondo gli interpreti, l'ambiente va inquadrato quindi quale bene non escludibile⁸²¹ rispetto al suo consumo e i cui costi e benefici si estendono su scala globale, non gestibile da parte del singolo stato individualmente, rispetto ad es. alla prevenzione dei cambiamenti climatici o alla lotta contro il depauperamento delle risorse naturali.

A livello internazionale, a seguito delle numerose risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ed atti di tipo declaratorio e programmatico in materia ambientale, la dottrina ha cominciato a ritenere che la soft law potesse essere intesa quale vera e propria categoria giuridica⁸²² idonea a disciplinare il diritto dell'ambiente.

Nell'ambito del diritto internazionale⁸²³ infatti vi sono state numerose dichiarazioni, a partire da quella di Stoccolma del 1972 a di Johannesburg del 2002, qualificabili come enunciazione di principi non vincolanti per gli Stati che convengono di aderire ad essi, ma che non impongono loro l'obbligo di rispettare standard ed obblighi specifici. Si tratta di alcune "convenzioni ambientali globali" che possono portare a degli impegni vincolanti per gli stati ma che, di per sé, non sono vincolanti. Si richiama ad es. il settore della protezione e conservazione delle foreste e della loro gestione sostenibile dove è stato massiccio il ricorso ad atti di natura non vincolante per colmare l'assenza di una regolamentazione convenzionale universale, ad es. con il *Non legally binding instrument on all types of forests* adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2007 che contiene obiettivi ed impegni nell'utilizzo delle foreste e i *Principles and criteria for forest stewardship* del 1994 pubblicati dalla ONG *Forest Stewardship council* e finalizzati alla promozione di una gestione forestale efficace.

F. e SCHIANO DI PEPE L., *Diritto internazionale dell'ambiente e ruolo dei non-state actors: alcuni recenti sviluppi*, in *La Comunità Internazionale*, 2006, pp. 483 – 507.

⁸²¹ In tema di beni comuni si richiama HESS and OSTROM E., *Private and Common Property Rights*, 2007; JANSSON, OSTROM, *Working together. Collective Action, the Commons, and Multiple Methods in Practice*, 2010; OSTROM V. and OSTROM E., *Public goods and public choices*, in SAVAS E.S. (ed.), *Alternatives for Delivering Public Services: Toward Improved Performance*, 1977.

⁸²² DISTEFANO M., *Origini e funzioni del "soft law"*, in *diritto internazionale*, Lavoro e diritto, Fascicolo 1, inverno 2003, 18 che precisa, richiamando il pensiero di Dupuy, op.cit., 132, che con la creazione della soft law "il diritto perde un po' della sua neutralità e rigidità per piegarsi a considerazioni di tipo sociale, economico, ambientale".

⁸²³ Si richiama la definizione data da Marchisio, op.cit., del diritto internazionale dell'ambiente, quale "complesso di principi e di norme giuridiche che stabiliscono regole di comportamento per gli Stati al fine di realizzare la tutela dell'ambiente e l'uso equilibrato delle risorse naturali in un contesto di sviluppo economico e sociale". Sul diritto internazionale dell'ambiente: HOHMAN H. (a cura di), *Basic Documents of International Environmental Law*, 3 vol., Graham & Trotman, London, 1995; DUMMEN C., CULLET D., *Droit international de l'environnement*, Textes de base et références, Kluwer, London, 1998; TAMBURELLI G., *Ambiente (diritto internazionale)*, in Enc. giur. Treccani, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2004; KISS A.C., SHELTON D., *Guide to International Environmental Law*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2007; BIRNIE W.P., BOYLE A., REDG-WELL A., *International Law and the Environment* 3, Oxford University Press, Oxford, 2009; FODEL-LA A., PINESCHI A. (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009; SANDS P., PEEL J., *Principles of International Environmental Law* 3, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; MUNARI F., SCHIANO DI PEPE F., *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2013; POSTIGLIONE A., *Diritto internazionale dell'ambiente*, Aracne, Roma, 2013; DUPUY, M.P. VIÑUALES A.J., *International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

In particolare va evidenziato che, a livello internazionale, la cornice normativa che riguarda l'ambiente è costellata di atti e documenti di *soft law*⁸²⁴, tanto che si parla di “*soft environmental law*”, che concerne “*una panoplia di atti non tipizzati e non riconducibili entro le tradizionali fonti del diritto*”⁸²⁵ che costituiscono una componente essenziale identificabile nelle tre note sottocategorie: la *pre-law*, ovvero gli strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti; la *post law* ovvero gli strumenti di interpretazione di atti vincolati (linee guida, codici di condotta, direttive) e la *para law* ovvero gli strumenti alternativi ad atti vincolanti ovvero dichiarazioni, raccomandazioni, pareri⁸²⁶.

Più nello specifico, la prima, la c.d. *pre-law*, concerne le dichiarazioni e i principi con funzione propedeutica alla formazione di nuove regole giuridiche vincolanti, colmando così vuoti normativi e ponendo le basi per la creazione di obblighi giuridici nella materia in esame, costituendo fonte per la creazione di testi giuridicamente vincolanti come ad es. il Trattato dell'organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura del 2001 sulle risorse genetiche vegetali per l'alimentazione e l'agricoltura.

La seconda, la *post law*, mira a integrare, specificare ed interpretare il contenuto di altre norme⁸²⁷. Tali atti atipici *post legem*⁸²⁸, presentano un collegamento a preesistenti previsioni di *hard law* con funzione di supporto ed integrazione in sede giurisprudenziale o nell'applicazione in sede esecutiva ed amministrativa. Un esempio di queste ultime sono le linee guida in materia ambientale che hanno la funzione di specificare singoli aspetti contenuti in Convenzioni. Si richiama a tal proposito la prassi della Convenzione di Vienna per la protezione dello strato di ozono, della Convenzione sulla diversità biologica e della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici⁸²⁹.

La terza sottocategoria, la *para law*, riguarda gli strumenti alternativi agli atti legislativi vincolanti, maggiormente idonei a operare adeguatamente in presenza di esigenze di “*informalità e dinamismo*”⁸³⁰.

⁸²⁴ la nozione di *soft law*, coniata nell'ambito della dottrina internazionalistica, indica un insieme variegato di atti caratterizzati dall'assenza di effetti giuridici vincolanti. Wellens e Borchartd hanno definito la *soft law* quale “*the rules of conduct that find themselves on the legally non-binding level but which according to the intention of its authors indeed do possess legal scope, which has to be further defined in each case. Such rules do not have in common a uniform standard of intensity as far as their legal scope is concerned, but what they do have in common is that they are directed at and have effect (through international law)*” WELLENS K., BORCHARDT G.M., “*soft law in European community law*”, *European law review*, 1989, 267-321.

⁸²⁵ Tale definizione di *soft law* si deve a MORBIDELLI G., *Degli effetti giuridici della soft law*, *Rivista della regolazione e dei mercati*, Fasc. 2, 2016, 1.

⁸²⁶ Si richiama la classificazione elaborata da Senden che per prima ha teorizzato le tre possibili sottocategorie della *soft law*: *pre-law*, *post law* e *para law*. Per un'ampia trattazione sul tema vedi L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law, Modern Studies in European Law* (Book 1), 457 e ss.

⁸²⁷ TRAMONTANA E., *Il Soft law e la resilienza del diritto internazionale*, in *Ars Interpretandi*, Fasc. 2, luglio-dicembre 2017, 49.

⁸²⁸ La dottrina ha definito tali atti quali “*soft post legislative rulemaking*”, SENDEN L., *Soft post legislative rule making, a time for more stringent control*, in *ELJ*, 2013, 19 (1), 57-75 e SCOTT J., *in legal limbo: Post legislative guidance as a challenge for European Administrative Law*, in *CMLR*, 2011, 48, 329-355.

⁸²⁹ Sul punto si veda: HARROP STUART R., PRINCHARD J., *A hard instrument goes soft: the implication of the convention on Biological Diversity's current trajectory*. *Global Environmental Change*, 2001.

⁸³⁰ Tramontana, *op.cit.*, 57-58.

In merito alla prima tipologia, cioè le dichiarazioni, i principi, le risoluzioni adottate da organizzazioni internazionali, le raccomandazioni, le dichiarazioni di intenti, i comunicati congiunti e gli accordi non vincolanti tra Stati, questa è stata da sempre ritenuta “*uno standard di condotta per tutti gli stati che unendo le forze in buona fede, potessero riuscire a rispettare tale standard*”⁸³¹.

Allo stesso modo questi strumenti sono stati ritenuti non vincolanti, bensì programmatici e d’indirizzo, fondamentali per la pianificazione successiva di politiche o negoziati, non produttivi dunque di obblighi e diritti e tuttavia, in grado nel tempo di colmare spazi in precedenza lasciati alla discrezionalità degli Stati per poi riuscire ad entrare nelle Carte costituzionali e nelle singole legislazioni nazionali.

Questi atti di *soft law* hanno acquisito un’importanza fondamentale nel panorama del diritto internazionale dell’ambiente: basti pensare al forte impatto che ha avuto la Dichiarazione di principio di Stoccolma⁸³², vera e propria apripista di una serie di Convenzioni volte a proteggere taluni ambiti naturali e basilari per l’affermazione dei diritti umani all’ambiente nelle più recenti Costituzioni nazionali. Infatti, secondo alcuni interpreti, a partire dalla dichiarazione di Stoccolma si crea un vero e proprio “*soft law dell’ambiente*”⁸³³ in cui gli atti e strumenti di *soft law* divengono sempre più numerosi⁸³⁴. Secondo una parte della dottrina⁸³⁵, ciò sembra dovuto a tre ragioni: la prima concerne la creazione di una rete di istituzioni permanenti al livello internazionale; la seconda ragione è legata alla natura degli strumenti di *soft law* quali risoluzioni, raccomandazioni e dichiarazioni che riescono ad incidere sulle principali norme al livello internazionale⁸³⁶ ed infine la

⁸³¹ Si tratta del discorso di Eleanor Roosevelt all’Assemblea generale delle Nazioni Unite al Palais de Chaillot, Parigi, 10 dicembre 1948 in occasione dell’approvazione da parte degli stati della dichiarazione dei diritti umani. Si ritiene infatti che, quanto detto, possa ritenersi applicabile a tutte le dichiarazioni condivise tra gli Stati. Sulla capacità della *soft law* di agire nel campo della buona fede, Thurer afferma che se le parti scelgono la *soft law*, al fine di disciplinare un accordo o un atto, significa che vogliono escludere a monte che esso abbia valore vincolante, ma dato che il principio di buona fede non consente agli Stati di contraddire le proprie condotte, l’aspettativa che deriva dall’aver adottato un atto *soft* è legalmente tutelata. THURER, op.cit., 457-459.

⁸³² Conferenza delle Nazioni Unite sull’Ambiente Umano di Stoccolma del 1972.

⁸³³ Proprio di “*soft law on environmental*” riferisce JAHID M. in *Role of soft law in environmental protection: an overview* in *Global Journal of politics and law research*, marzo 2016, 3 il quale afferma, nelle conclusioni del suo scritto, che “*soft law instruments play a pivotal role in the growth of international norms in environmental protection*”, 14. Sul punto anche SZEKELY A., ‘*Non-binding Commitments: A Commentary on the Softening of International Law Evidenced in the Environmental Field*’, in *International Law on the Eve of the 21st Century — Views from the International Law Commission (1997)* 173; Weil, ‘*Towards Relative Normativity in International Law?*’, 77 *AJIL* (1983) 413; EISEMANN P.M., ‘*Le Gentlemen’s agreement comme source du droit international*’, 106 *JDI* (1979) 326; O. SCHACHTER, in HELKIN L., PUGH R.C., SCHACHTER O., and SMIT A., *International Law, Casebook* (3rd ed., 1993).

⁸³⁴ Si richiamano la word charter of nature del 1982, Rio declaration on environmental and development del 1992, Johannesburg declaration del 2002; the Montreal Guidelines of the protection of the Marine Environmental against Pollution from land based activities del 1985, the Cairo guidelines and principles for the environmental sound management of Hazardous Wastes del 1987 e the London Guidelines for the exchange of information on chemicals in international trade del 1989.

⁸³⁵ Si fa riferimento a DUPUY P.M., *Soft law and the international law of the environmental*, *Michigan Journal of international law*, vol. 12: 420, 420-435.

⁸³⁶ Non solo, ma secondo una parte della dottrina “*l’elaborazione di accordi quadro generali potrebbe essere molto appropriata nel caso di una legislazione internazionale relativa a questioni moderne come la protezione dell’ambiente su scala globale. potrebbe essere più appropriato elaborare linee guida o raccomandazioni generali che non sono vincolanti ma che sarebbero a disposizione del governo per l’uso*

terza ragione è legata al progresso della scienza e della tecnologia che ha un peso rilevante in determinati settori del diritto dell'ambiente per i quali appaiono maggiormente adatti gli strumenti di soft law.

A questo punto è opportuno fornire alcuni esempi di atti di soft law, internazionale ed europea, i quali, per le numerose contraddizioni che presentano, hanno condotto gli interpreti a osservare i vantaggi e gli svantaggi connessi alla scelta di ricorrere ad atti di soft law e non di hard law.

In questo senso, ad esempio, si può richiamare la Dichiarazione di Rio che viene ritenuta “*an aid in interpreting vague but binding commitments in the environmental field*”⁸³⁷, che però, esattamente come quella di Stoccolma, si sostanzia in norme di soft law, ossia nella semplice enunciazione di principi (come il principio dello sviluppo sostenibile), non risolvendosi in uno strumento vincolante per gli Stati che hanno convenuto di aderirvi e che non implica per questi diritti e doveri.

Il ricorso al soft law, se da una parte favorisce la partecipazione di più Nazioni alla redazione di Carte e dichiarazioni, oltre che la raccolta di un consenso generalizzato sul riconoscimento dell'esistenza di un problema condiviso al livello ambientale, dall'altra, trattandosi di uno strumento di natura raccomandatoria, non giuridicamente vincolante, si rivela inidoneo ad indurre effettivamente i partecipanti a rispettare standard, obblighi specifici ed il contenuto dei principi che dovrebbero orientare l'azione ambientale come il principio dello sviluppo sostenibile⁸³⁸.

Esso è stato proclamato nell'ambito della Conferenza di Rio de Janeiro, elaborato dalla Commissione Brundtland nel famoso rapporto «*Our common future*» del 1987 ed impone un uso equo e sostenibile delle risorse naturali e l'obbligo di tener conto dei bisogni delle generazioni future (equità intergenerazionale). Tale principio si esplica nell'interconnessione e nella complementarità che esiste tra lo sviluppo economico, la protezione ambientale ed i diritti umani⁸³⁹.

più appropriato” CASSESE A.S., WEILER J., *Change and stability in international law making*, European University Institute, 74 e ss.

⁸³⁷ Tale considerazione proviene da HILLGENBERG H., *A Fresh Look at Soft Law* in EJIL (1999), Vol. 10 No. 3, 499–515 e vedi anche DELBRUCK J., *New Trends in International Lawmaking* (1997) 88.

⁸³⁸ La prima definizione di sviluppo sostenibile è stata coniata dal rapporto Brundtland “*Our Common Future*”, adottato nel 1987 dalla World Commission on Environment and Development. Art. 3-quater Principio dello sviluppo sostenibile 1. Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future. 2. Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione. 3. Data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro. 4. La risoluzione delle questioni che involgono aspetti ambientali deve essere cercata e trovata nella prospettiva di garanzia dello sviluppo sostenibile, in modo da salvaguardare il corretto funzionamento e l'evoluzione degli ecosistemi naturali dalle modificazioni negative che possono essere prodotte dalle attività umane.

⁸³⁹ In argomento si vedano FRACCHIA F., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Jovene, 2010; FOIS P., (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, Jovene, 2007; SALVIA F., *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in Riv. Giur. Amb., 1998, 235 ss.; POLITI M., *Tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile: profili e prospettive di evoluzione del diritto internazionale alla luce della conferenza di Rio de Janeiro*, in Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile, Padova, Cedam, 1995, 449 ss.;

Nonostante il contenuto fortemente innovativo, il significato normativo di questo concetto è ancora oggi controverso e ampiamente dibattuto, a causa dell'incertezza sui contenuti giuridici e dell'assenza di adeguati criteri per la sua invocabilità in giudizio. In dottrina, ad esempio, alcuni autori lo riconoscono come un principio generalmente accettato dalla comunità internazionale mentre altri gli attribuiscono il ruolo di mero obiettivo economico-ambientale degli Stati o ancora di criterio interpretativo⁸⁴⁰. Infatti, secondo la maggioranza degli interpreti, esso non si inquadra come un principio né obbligatorio né giuridico e quindi non è detto neppure che costituisca espressione di soft law⁸⁴¹, ma può essere ritenuto come un principio meta giuridico⁸⁴².

Quindi, a fronte della diffusione degli strumenti di soft law nel diritto dell'ambiente, la dottrina ha osservato come fossero distinguibili sia numerosi vantaggi, sia alcuni svantaggi.

In primo luogo i negoziati per l'adozione di strumenti di soft law, poiché volti a soluzioni meno impegnative per i soggetti coinvolti, sono più agevoli⁸⁴³.

Inoltre, come la dottrina non ha mancato di sottolineare, “*in matters in which more significant State interests are at stake the success of non-binding instruments mainly depends on the way in which the stated rule relates to the prevailing needs of international society*”⁸⁴⁴.

Un altro vantaggio concerne la funzione di guide interpretative, propria degli strumenti di soft law e quindi si pongono, come già evidenziato, come mezzo per comprendere le regole vincolanti⁸⁴⁵ ed al contempo consentono altresì l'affermazione graduale di concetti non ancora accettati unanimemente sul piano internazionale e sanciscono regole e principi di alto valore etico e quindi fungono da vero e proprio “*punto di partenza di un lungo percorso che conduce alla stipulazione di impegni*”

PINESCHI L. *Tutela dell'ambiente e assistenza allo sviluppo: dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992)*, in Riv. Giur. Amb., 1994, 493 ss.; SOAVE P., *Lo sviluppo sostenibile nella prospettiva dell'Agenda 21. Il programma di azione lanciato alla Conferenza di Rio de Janeiro*, in Riv. Giur. Amb., 1993, 761 ss.

⁸⁴⁰ In relazione agli atti internazionali in materia ambientale si veda, tra le altre, l'opinione di SACERDOTI G., il quale, nell'opera *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, op.cit., afferma: “*i Mutual Environmental Agreement (MEA) non sono strumenti universali: non tutti gli Stati infatti vi partecipano; inoltre l'ambito di applicazione è molto specifico, spesso regionale; le istituzioni e i meccanismi di risoluzione delle controversie sono pressoché inesistenti; il coordinamento si basa su principi di soft law e quindi non vincolanti*”.

⁸⁴¹ Pepe considera lo sviluppo sostenibile come un esempio di soft law, ovvero un principio giuridico che nasce da dichiarazioni internazionali non produttive di precisi obblighi e diritti, ma che comunque è riuscito a occupare spazi in precedenza lasciati alla discrezionalità degli Stati, tanto da essere ripresa in recenti costituzioni e legislazioni nazionali. PEPE V., *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in Rivista giuridica dell'ambiente, 2002, 243.

⁸⁴² Secondo Lowe lo sviluppo sostenibile non appartiene né alla categoria della soft law né a quella della hard law. Pertanto, lo sviluppo sostenibile andrebbe ritenuto una “*via di mezzo*” “*tra un concetto e un principio*”. LOWE V., *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, in BOYLE A., FREESTONE D., (a cura di), *International Law and Sustainable Development: past achievements and future challenges*, Oxford, 1999, 31.

⁸⁴³ Si richiamano ad es. *le space debris mitigation guidelines* elaborate nel 2007 dal Comitato delle Nazioni Unite sull'uso pacifico dello spazio extra atmosferico.

⁸⁴⁴ Cassese e Weiler, op.cit., 78.

⁸⁴⁵ Non trascurabile risulta la rilevanza e l'utilità del ricorso al soft law, nell'attività d'interpretazione e di esecuzione del diritto internazionale. DI STASI A., *le soft international organizations: una sfida per le nostre categorie giuridiche*, LCI2014, 44 e anche KRATOCHWIL F.V., *Rules, norms and decisions*, Cambridge, 1989.

*vincolanti per le parti firmatarie, a tutela di valori il cui rispetto, seppur lentamente, diviene alla fine vincolante ai sensi di appositi impegni internazionali*⁸⁴⁶.

Inoltre, in settori come quello dell'ambiente, caratterizzato da conoscenze scientifiche incerte ed in rapida trasformazione, un vantaggio di tali strumenti consiste nella loro maggior flessibilità nella regolamentazione e correlativamente va evidenziato anche che la loro modifica ed abrogazione non sono subordinate al raggiungimento di un accordo nuovo, ma possono essere adattati a nuove esigenze in modo più agevole di quanto non avvenga per la regolamentazione contenuta in strumenti di tipo convenzionale.

Un ulteriore vantaggio che deriva dal ricorso a tali strumenti concerne la loro efficacia nel dare risposte alle esigenze di tecnicismo sottese alla regolamentazione di numerosi fenomeni che spesso richiedono il superamento dei confini nazionali, come ad es. il caso delle *Technical Guidelines* adottate periodicamente dalla Conferenza delle Parti della Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi, il tutto con la finalità di aggiornare standard e buone pratiche per il trattamento di determinati materiali tossici⁸⁴⁷.

Tuttavia, vi sono anche alcuni svantaggi che derivano dall'adozione di tali strumenti.

Infatti, gli atti di soft law, come noto, sono privi di effetti giuridici vincolanti e quindi non vi è un controllo reale, mediante meccanismi istituzionali del loro rispetto che quindi non è veramente prescrittivo, nonostante la loro struttura logica⁸⁴⁸ sembri imporre l'osservanza.

Bisogna sottolineare quindi l'assenza di meccanismi istituzionali per la verifica dell'effettivo rispetto di quanto viene stabilito dai regimi giuridici convenzionali, assenza spesso collegata alla natura delle norme che delineano degli obiettivi generali lasciando gli Stati liberi di decidere le politiche e i programmi attraverso i quali raggiungerli.

Un altro svantaggio degli strumenti di soft law è rappresentato dal loro effetto solo parzialmente prescrittivo, poiché spesso non impongono ai partecipanti di rispettare realmente standard ed obblighi specifici⁸⁴⁹.

Infatti, nell'ipotesi in cui uno dei partecipanti dovesse decidere di rispettare i codici di condotta o strumenti di natura simile, mentre altri soggetti dovessero valutare di non farlo, ciò produrrebbe delle conseguenze rilevanti, soprattutto nell'ottica della loro competitività nel commercio internazionale.

⁸⁴⁶ QUADRI S., *Energia sostenibile: diritto internazionale, dell'Unione europea e interno*, Torino, Giappichelli, 2012, 7.

⁸⁴⁷ Tramontana, op.cit., 52.

⁸⁴⁸ Secondo una parte della dottrina, la struttura logica sembra essere intesa quale punto di contatto tra le norme vincolanti e non vincolanti. DUPUY op.cit., 420 ma anche MORTH U., (ed.), *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, Cheltenham, 2004.

⁸⁴⁹ ANGELETTI A., *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 2011.

Nonostante le criticità finora esposte, bisogna tener conto dei grandi successi raggiunti in materia di tutela internazionale ed europea dell'ambiente proprio grazie agli strumenti di soft law. Da una parte, infatti, come già accennato, tali strumenti possono facilitare l'insorgenza di nuove norme consuetudinarie, mentre dall'altra spesso l'uso di tali strumenti favorisce un consolidamento dell'opinione politica internazionale su nuovi problemi globali⁸⁵⁰; possono inoltre fornire delle guide interpretative ai trattati, dare adito a nuove pratiche in una materia specifica, e contribuire anche allo sviluppo della normativa nazionale in materia, sebbene il loro naturale incerto valore giuridico imponga agli stati di permettere che principi come "chi inquina paga", "sviluppo sostenibile" e "precauzione" così come codici di condotta e linee guida, raccomandazioni e dichiarazioni, penetrino progressivamente nella loro legislazione interna⁸⁵¹ in quanto è universalmente sentita l'esigenza, da parte degli stessi stati, di "*graduare l'assunzione di obblighi internazionali in specifiche materie*"⁸⁵².

Ormai, non soltanto nella tutela dell'ambiente⁸⁵³, le linee guida⁸⁵⁴ occupano, sia a livello europeo sia interno, un ruolo centrale divenendo sempre più strumenti alternativi cui la legislazione rinvia essendo esse caratterizzate da profili tecnici, spesso propri di discipline extragiuridiche, laddove le fattispecie concrete mal si prestano al disegno di rigide norme puntuali, risultando fondamentale il ricorso a principi plastici come già richiamato in tema di sviluppo sostenibile.

Si richiamano a titolo di esempio, a livello Europeo, le linee guida per la sorveglianza delle zanzare invasive⁸⁵⁵ ed anche le linee guida in tema di "*responsible governance of tenure of land, fisheries and forests*"

⁸⁵⁰ Situazione riscontrabile soprattutto nell'ottica del diritto internazionale dell'ambiente, si pensi ad esempio al Rapporto Brundtland del 1987, nel quale è stata coniata la prima definizione di sviluppo sostenibile, utilizzata ancora oggi negli stessi termini, o anche alle *Guidelines* redatte da numerose Organizzazioni Internazionali che vengono rispettate, in maniera volontaria, sia dagli Stati che dalle aziende.

⁸⁵¹ ROSSI G., *L'ambiente e il diritto*, rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente, Torino, Giappichelli, 2010, 9. Gli stati, invece di vincolarsi con atti di hard law, tendono a raggiungere intese su principi e regole in via di formazione o su meccanismi soft di attuazione di impegni presi. DISTEFANO M., op.cit., 18.

⁸⁵² Distefano, op.cit., 18.

⁸⁵³ Come noto, ormai le linee guida stanno assumendo una portata dirompente in numerosi settori del diritto quali ad es. quello energetico, sanitario, delle autorità indipendenti. Per una trattazione generale sul tema, V. ITALIA op.cit.

⁸⁵⁴ La dottrina ha variabilmente definito le linee guida. Sul punto si rinvia in particolare a Italia, op.cit., ma anche MORBIDELLI G., *Degli effetti giuridici della soft law*, (Editoriale), in Rivista della regolazione dei mercati, 2/2016, a BIN R., *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009 27ss. ed, in particolare per le linee guida ANAC, a DEODATO C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016 e si richiama la prima definizione di linee guida che si deve all'Institute of Medicine (IOM) statunitense che nel 1990 le definì quali «*raccomandazioni sviluppate sinteticamente per assistere professionisti e pazienti nella scelta delle modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche*». Successivamente, a seguito di una ricerca condotta per identificare gli elementi necessari a sviluppare le linee guida, nel 2011 lo stesso IOM ne precisò la definizione quali «*documenti che includono raccomandazioni finalizzate ad ottimizzare l'assistenza al paziente fondate su una revisione sistematiche delle prove di efficacia e su una valutazione di benefici e danni di opzioni assistenziali alternative*».

⁸⁵⁵ Si richiama il principio europeo a vivere in un ambiente sano, ovvero in un ambiente privo di specie animali veicolo di malattie, come possono essere gli insetti ed in particolare le zanzare. In particolare nelle linee guida "*for the surveillance of invasive mosquitoes in Europe*", si distinguono quattro specie di zanzare alloctone (cioè non indigene), importate nei Paesi europei con carichi commerciali da aree subtropicali dove queste zanzare sono endemiche oppure, come nel caso dell'Italia, da altri Paesi a clima temperato precedentemente infestati. Le quattro specie analizzate nelle linee guida sono tutte appartenenti al genere *Aedes* (*Aedes aegypti*, *Ae. japonicus*, *Ae. albopictus* e *Ae. Koreicus*), particolarmente idonee agli spostamenti intercontinentali grazie alla capacità delle loro uova di resistere per periodi più o meno lunghi

che hanno lo scopo di influenzare le politiche dei governi nazionali per realizzare la sicurezza a livello ambientale ed ancora il rapporto “*Who guidelines for indoor air quality: selected pollutants*” contenente le linee guida, rivolte agli operatori sanitari e alle autorità coinvolte nella progettazione di edifici e nell’utilizzo di materiali, sulla prevenzione dei rischi connessi all’esposizione della popolazione agli inquinanti presenti nell’area indoor.

Nel nostro ordinamento si possono richiamare un enorme numero di linee guida in materia ambientale, ad es. le linee guida per la valutazione del rischio sanitario determinato da fonti di inquinamento ambientale, le linee guida per l’integrazione dei cambiamenti climatici e della biodiversità nella valutazione ambientale strategica, le linee guida sull’educazione ambientale emanate dal Ministero dell’ambiente.

Pur avendo richiamato solo alcuni esempi, si evince come il sistema delle fonti sia disseminato di tali strumenti normativi che, nel caso specifico, disciplinano una serie di problematiche afferenti un bene primario quale è l’ambiente quando esse costituiscono una normazione che, solo alcuni interpreti hanno definito quantomeno secondaria⁸⁵⁶, se non collocabile al di fuori del sistema delle fonti⁸⁵⁷, ma comunque per la maggioranza di essi, riconducibile alla soft law⁸⁵⁸.

Infatti, le linee guida presentano la “*flessibilità nelle procedure e la vaghezza dell’orizzonte giustificativo*”⁸⁵⁹ oltre che l’eterogeneità nelle forme, comprendendo così un insieme di atti disomogeneo.

Ciò può trovare conferma nell’osservazione ed analisi di numerosi esempi di linee guida dove è possibile rintracciare i caratteri della soft law in precedenza evidenziati.

Tale analisi consente prima di tutto di notare come l’eterogeneità di tali atti non riguardi solo la loro sostanza ma anche la forma, in quanto, come si vedrà, le linee guida sono definite in diversi modi ragion per cui al problema qualificatorio si affianca quello definitorio.

al disseccamento e agli sbalzi di temperatura. Tutte e quattro le specie sono vettori di arbovirus agenti di gravi infezioni umane trasmesse da uomo a uomo (come la febbre gialla, la dengue, la febbre da Chikungunya e l’encefalite giapponese).

⁸⁵⁶ Non solo la dottrina le qualifica come norme secondarie, ma ritiene che esse ormai abbiano costituito “*un loro specifico «sistema originale di norme secondarie»*” CHITI M.P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 4, 436.

⁸⁵⁷ Le linee guida, secondo alcuni interpreti che abbracciano le teorie della pluralità dei sistemi, costituiscono un loro sottosistema di fonti, caratterizzate da snellezza e flessibilità, che dialoga con gli altri laddove le fonti “*si completano per articolazione in una pluralità di sottosistemi in cui ciascuno di essi «fa risuonare a modo suo l’intero modularsi delle fonti sia nel senso di una loro eventuale articolazione morfologica, sia nel senso del diverso atteggiarsi delle fonti tipiche in un intreccio indissolubile con i principi»*” Tale sottosistema, in particolare, sarebbe caratterizzato da snellezza e flessibilità. Sul punto DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, n. 5/2016 e MAZZAMUTO M., *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, convegno AIPDA, Padova, 9-10 ottobre 2015.

⁸⁵⁸ TORCHIA L., *Intervento al convegno Soft regulation e principi dell’ordinamento*, Luiss Guido Carli, 6 ottobre 2016 (inedito a stampa) e GIUFFRÈ A.G., *Le nuove dimensioni del regolamento, le linee guida ANAC*, in *www.federalismi.it*, 2017, 1.

⁸⁵⁹ ALGOSTINO, op.cit., 174. Secondo Manetti, tale flessibilità, consiste (rispetto in particolare alle linee guida Anac) “*nella più rapida modificabilità delle linee guida rispetto al regolamento governativo; prescrttivamente nell’obbligo imposto ad Anac di riveder eed aggiornare continuamente le linee guida. In tale ultimo senso la flessibilità equivarrebbe alla precarietà o temporaneità di atti che debbono adattarsi con la massima rapidità ai cambiamenti della prassi: una caratteristica propria di tutti gli atti di regolazione in quanto soggetti ad un obbligo, implicito o esplicito, di costante aggiornamento*”. MANETTI, op.cit., 72.

Si richiamano le linee guida per il calcolo della percentuale di raccolta differenziata dei rifiuti urbani del maggio 2016 le quali risultano emanate in osservanza dell'art. 205 comma 3 quater del D.lgs 152 del 2006 in materia di ambiente risultando un vero e proprio strumento attuativo del concetto di sviluppo sostenibile. Nella premessa viene precisato che esse *“forniscono indirizzi e criteri sul calcolo della raccolta differenziata per uniformare il metodo di calcolo sul territorio”*. Nel medesimo decreto viene prescritto che esse *“vanno intese come disposizioni”* nel senso che le singole regioni devono attenersi ad esse nel formulare il metodo di calcolo per uniformarsi al livello nazionale. Ancora, in un altro articolo del decreto, vengono qualificate come *“complesso di raccomandazioni tecniche”*.

Nel decreto n.39 del 2015 avente ad oggetto sempre le linee guida in tema di ambiente, esse vengono intese quali *“criteri”* per la definizione del costo ambientale, in attuazione delle direttive Europee, vengono essendo definite come *“riferimento tecnico”* e di supporto alle amministrazioni.

Infine nel Decreto 56 del 2018 *“regolamento per l'attuazione dello schema per la valutazione e comunicazione dell'impronta ambientale dei prodotti”* ovvero *“made green italy”*, le linee guida sono definite quali *“metodi, prescrizioni tecniche e altri documenti di interesse comune approvate dalla Commissione UE e rese disponibili dal Ministero dell'Ambiente”*.

Oltre alle difficoltà del loro inquadramento come fonti del diritto, atti normativi atipici o *tertiary rules*⁸⁶⁰, le linee guida pongono dei problemi in ordine alla loro efficacia in ordine agli effetti che producono quando vengono dettate da una determinata amministrazione o soggetto pubblico nei confronti dei consociati.

Infatti, la mancata osservanza delle linee guida produce da un lato delle rilevanti conseguenze per il soggetto che le ha emanate, laddove si ravvisa un vulnus della tutela dell'affidamento. Rispetto ai consociati invece, questi non sono giuridicamente vincolati, e quindi la funzione delle linee guida si riduce ad un profilo *“conoscitivo”* ove essi, nel conoscerle comprendono gli indirizzi e i criteri interpretativi in quel determinato settore.

Vi è l'ipotesi in cui però le linee guida dettino regole di comportamento come ad es. *“le linee guida per l'utilizzo in aree esterne di atomizzatori e attrezzature analoghe, per il controllo delle zanzare adulte”* allegate all'ordinanza della Sindaca n. 72 del 24 aprile 2019 avente ad oggetto *“provvedimenti per la prevenzione ed il controllo delle malattie trasmesse da insetti vettori ed in particolare della zanzara tigre (Aedes Albipictus) nel territorio di Roma Capitale”*.

Tali linee guida per espressa previsione hanno come fine *“meglio dettagliare quanto indicato nell'ordinanza... e descrivono alcune delle necessarie modalità operative importanti per una più sicura esecuzione degli interventi di disinfestazione rivolti alla riduzione del numero di zanzare adulte”*. In tale ipotesi, le linee guida costituiscono dei veri e propri *“canoni oggettivi da seguire da parte degli operatori del settore la cui*

⁸⁶⁰ MORBIDELLI, op.cit., 2

inosservanza costituisce elemento rilevatore di negligenza” ed infatti in tale ipotesi viene prescritto che se l'intervento di disinfezione confina con aree aperte utilizzate da gruppi sensibili di popolazione (bambini, neonati), è obbligatorio applicare prodotti insetticidi a 15 metri dal confine dell'area e quindi la mancata osservanza di tale prescrizione, ove c'è scritto “è obbligatorio” implica, quantomeno indirettamente, la responsabilità per il mancato rispetto di tale previsione.

In relazione ai caratteri della flessibilità e della vincolatività attenuata degli atti di soft law, sono state introdotte le linee guida, le quali, mediante numerosi esempi, sembrano ormai imporsi come atti atipici ed eterogenei, idonei a disciplinare numerosi settori legati all'ambiente. Per questa ragione, si può concludere che esse non possono che essere ritenute una vera e propria categoria giuridica⁸⁶¹, sebbene composta di atti eterogenei⁸⁶², ascrivibile all'interno della soft law. In tal senso, va ormai ritenuto recessivo il pensiero di chi continua a ritenerle espressione di *meta-giuridicità*⁸⁶³ che implicherebbe il loro porsi al di fuori del sistema delle fonti. Diversamente sarebbe maggiormente compatibile con l'idea che siano una categoria giuridica, ritenere che costituiscono un sottosistema di fonti normative dialogante con gli altri sistemi di fonti⁸⁶⁴ soprattutto in funzione integrativa e di ausilio tecnico⁸⁶⁵ alle norme primarie.

⁸⁶¹ DISTEFANO, op.cit., 18.

⁸⁶² MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008, 2.

⁸⁶³ PASTORE B., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014 ed anche Distefano, op.cit., 19.

⁸⁶⁴ Mazzamuto infatti riferisce che “una teoria delle fonti non può che completarsi per articolazione in una pluralità di sottosistemi” ed ancora “esistono i sottosistemi, ma esiste il sistema generale, e fra questi insiemi vi è una inevitabile dialettica nella quale i costituzionalisti ben potranno farsi interlocutori nella veste naturale di paladini delle ragioni del sistema generale”. MAZZAMUTO M., *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, Convegno AIPDA, 2015 Le fonti del diritto amministrativo, 9-10 ottobre 2015. Anche secondo Ruggeri “...l'articolazione del sistema in “sottosistemi” non equivale a negazione del... sistema stesso: tutt'all'inverso, è un modo di essere e di divenire dell'unità, di un'unità che si fa e senza sosta rinnova – come suol dirsi – “dal basso”, attraverso la valorizzazione – la massima possibile alle condizioni di contesto – delle risorse proprie dell'ordinamento pluralista, conformemente alle indicazioni risultanti dal quadro costituzionale”, RUGGERI A., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, Relazione al Convegno su Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione, Università degli Studi di Roma tre 27-28 novembre 2008. Per la definizione dei rapporti tra fonti dei diversi sistemi e quindi per la positiva esistenza di più sistemi, si veda ancora PINNA P., *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Torino, Giappichelli, 2007, spec. 117 ss. Espressioni analoghe, implicanti l'esistenza di più sistemi delle fonti interagenti, si trovano in RUGGERI A., *Le fonti del diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Torino, Giappichelli, 2001, che pure rielabora un lessico di ascendenza luhmanniana v. LUHMANN N., *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin 1965, trad. it. [a cura di G. Palombella – L. Pannarale] *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari 2002. Vedi anche MENGONI L., MODUGNO F., RIMOLI F., *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁸⁶⁵ Sul rapporto tra linee guida e norme tecniche, va precisato che se è vero che le linee guida, al pari delle norme tecniche, definiscono i criteri di comportamento in determinate attività tecniche tuttavia vi è una precisa distinzione tra norme tecniche e norme giuridiche, secondo cui le prime sono “norme aventi il compito di dettare criteri di comportamento in presenza di un'attività di carattere tecnico”, funzione che sembra essere esercitata dalle linee guida che quindi farebbe propendere per la loro riconduzione alle norme tecniche. Tuttavia, secondo alcuni interpreti, le linee guida sarebbero un combinato delle due categorie di norme, tecniche e giuridiche, perché da un lato sono tecniche dall'altro stanno diventando sempre più vere e proprie norme, vincolanti ed obbligatorie. Anzi, le linee guida stanno diventando il veicolo per far incontrare norme tecniche e giuridiche: il legislatore, quando opera un rinvio alla norma tecnica, istituisce una forma di vincolatività che forse può dirsi indiretta, ma non per ciò assolutamente attenuata. Sul punto si richiama il pensiero di GIGANTE M., *Norma tecnica*, in *Dizionario Dir. Pubbl.*, (diretto da) S. Cassese, Milano, Giuffrè, Vol. IV, 2006, 3806 e ss. ed anche MOSCARINI A., *Le fonti dei privati*, in *Giur. Cost.*, vol. 2, 2010, 1911.

Ciò presuppone quindi di aderire alla posizione di coloro che ritengono sia superata l'idea di un sistema unico ed unitario delle fonti del diritto⁸⁶⁶, prevalendo l'idea di numerosi sistemi che dialoghino tra loro e quindi immaginando rapporti tra le fonti di tipo orizzontale e non solo verticale⁸⁶⁷.

Quindi sembra ormai chiaro che le linee guida si stiano imponendo tra gli strumenti di tutela dell'ambiente, molto più delle normative primarie e secondarie, che invece dovrebbero essere naturalmente predisposte a disciplinare beni primari, come appunto l'ambiente.

Non solo, ma tali atti di soft law, senza alcuna sanzione, né reale forza coattiva tuttavia, spiegano i propri effetti “a livello pratico”⁸⁶⁸. Ciò basta per ritenerle “già diritto”⁸⁶⁹, ovvero di fatto fonti del diritto, nel senso che come una parte della dottrina ha precisato “*si potrebbe affermare che la soft law non è una fonte del diritto in senso formale e legale, ma contribuisce a produrre diritto*”⁸⁷⁰, sotto il profilo dell'effettività. Ciò in quanto, vero è che manca la coazione giuridica e quindi alla base delle linee guida c'è un adempimento volontario da parte dei destinatari, ma, in via di fatto, il potere dei soggetti da cui proviene l'atto potrebbe implicare l'ottemperanza alla linea guida oltre che alla sua *ratio*, ovvero tutelare l'ambiente.

In fine nel settore ambientale sembra ormai evidente il fenomeno di “*esautoramento e sostituzione*”⁸⁷¹ delle fonti tradizionali da parte della soft law ed in particolare delle linee guida per disciplinare numerosi ambiti del diritto dell'ambiente. Ciò poichè atti, pur non avendo un'efficacia giuridica vincolante, presentano un effetto giuridico rilevante⁸⁷² che risulta indispensabile per disciplinare ed ancor più tutelare un bene primario come l'ambiente.

⁸⁶⁶ Di destrutturazione del sistema di produzione normativa parla Serges a proposito della crisi delle fonti che sfocia nella “disarticolazione dei modi di produzione del diritto ormai percorso da una pluralità di fonti di diversa natura non sempre armonizzate” SERGES G., *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in Osservatorio sulle fonti, Fascicolo 3/2017, 2 e ss.

⁸⁶⁷ Sulla natura evanescente dei rapporti verticali tra le fonti si richiama FERRARESE R.M., *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010, 38 ed anche SUNSTEIN R.C., *Semplice, l'arte del governo nel terzo millennio*, Milano, Giuffrè, 2014.

⁸⁶⁸ ALGOSTINO A., “*La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico*” in www.costituzionalismo.it, fasc. 3/2016, 260 la quale precisa che la soft law si pone “al di fuori dell'orizzonte della validità, esplicando i suoi effetti a livello pratico”, richiamando anche il pensiero di Ferrarese op.cit., 71.

⁸⁶⁹ LUTHER J., op.cit., 67.

⁸⁷⁰ ALGOSTINO, op.cit., 261 ma anche in contrapposizione BIN, op.cit., 37 e PASTORE op.cit., 12-14.

⁸⁷¹ ALGOSTINO op.cit., 259.

⁸⁷² Ciò nell'ottica di ritenere le linee guida, strumenti di soft law che, secondo la dottrina che tradizionalmente ha inquadrato la soft law “*have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects*” SNYDER F., *The effectiveness of European Community law*, Hart Publishing, 2004, 120.

4. Il potere normativo delle Autorità indipendenti rispetto agli strumenti di soft law: Le linee guida

Premessa.

A livello nazionale, tra gli atti adottati dalle pubbliche amministrazioni, spiccano molti atti di diritto attenuato, quali i numerosi interventi di moral suasion o dissuasione elaborati dalle varie Autorità amministrative indipendenti, le istruzioni della Banca d'Italia, le comunicazioni della CONSOB, gli orientamenti interpretativi dell'ISVAP e della COVIP, le risposte ai quesiti del Garante per la Protezione dei dati personali, le linee guida dell'Anac che si pongono in relazione, con difficoltà, con il sistema delle fonti come classicamente inteso.⁸⁷³

Per inquadrare gli strumenti di soft law delle Autorità indipendenti, ed in particolare le linee guida, dobbiamo soffermarci sull'evoluzione dell'amministrazione da esecutrice del diritto a creatrice: in questo passaggio delicato si iscrive infatti il tema delle linee guida come emblema del potere normativo delle Authorities⁸⁷⁴, tra legalità sostanziale e legalità procedimentale⁸⁷⁵.

Infatti, oggi più che mai, l'amministrazione si compone di una rete di organi di cui alcuni sono veri e propri centri di autonomia, non soggetti ad un comando e che ci portano a considerare l'amministrazione, non più quale sottoposta gerarchicamente al potere superiore del governo, ma quale potere a sé. Ciò implica una riflessione, per alcuni amara, sulla nuova idea di fonti, sull'ormai evanescente rapporto tra sistema delle fonti e separazione dei poteri⁸⁷⁶, rapporto posto a garanzia dei diritti dei cittadini e quindi sulla trasformazione della legalità da sostanziale a procedurale.

L'amministrazione, fino ad un certo momento, ha inteso la legalità come sostanziale ovvero si è adeguata all'indirizzo posto, attraverso la legge, dall'organo rappresentativo della comunità

⁸⁷³ BALDWIN R., *Rules and Government*, Oxford, 1995, pp. 80 ss. L'Autore utilizza tale espressione in contrapposizione con la *secondary legislation* che riunisce le fonti sublegislative che trovano nella legge un fondamento espresso. Le tertiary rules includono regole procedurali, guide interpretative, istruzioni ai funzionari, linee guida ecc.

⁸⁷⁴ La scelta di dotare le Autorità Indipendenti che operano nei settori più delicati dell'ordinamento, quali la concorrenza, la privacy ed, ancora di più la corruzione, di poteri normativi diffusi con cui emanano atti come le linee guida, è ritenuto, da un lato, un paradosso, perché si affida ad atti secondari la disciplina afferente temi di rango primario e al contempo è specchio del fenomeno, sempre più invalso della delegittimazione delle fonti formali e primarie e della scelta dello Stato che non ha più la pretesa di "*pianificare o indirizzare verso obiettivi, quanto di dare ordine ai rapporti sociali, se non assoggettandosi ai modi e ai tempi imposti dal mercato*". MANETTI, op.cit., 60.

⁸⁷⁵ Sul punto si rimanda alle riflessioni di D'AMICO M., *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in Rivista Aic, 4/2018.

⁸⁷⁶ L'impostazione classica, basata sulla tripartizione tra potere esecutivo, legislativo e giudiziario, serviva a tutelare i diritti degli individui: secondo Montesquieu infatti, nello stato dispotico il Governo fa un uso irrazionale della forza, abusandone, mentre, lo stato moderato in cui la libertà viene, almeno in parte garantita, si caratterizza per il principio di legalità. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, rist. 2° ed a cura di Cotta S., Torino, Giappichelli, 1973, Cap. I, 66 libro III cap IX, 93; libro V, cap. XIV, 138; libro VIII, cap. X, 218.

popolare⁸⁷⁷. Con la legge n. 100 del 1926 si ha l'avvento, nel sistema, di fonti dell'esecutivo che quindi esercita una potestà regolamentare senza una base normativa⁸⁷⁸ e alla pubblica amministrazione viene concesso così uno spazio autonomo indipendente dalla legge, come ad esempio nell'ipotesi delle circolari in epoca fascista⁸⁷⁹.

In seguito, con la legge n. 400 del 1988 i regolamenti vengono posti quali fonti centrali nell'ordinamento statale, addirittura mediante l'occupazione di settori lasciati liberi dal Legislatore, mediante lo strumento della delegificazione (art. 17 legge n. 400 del 1988). Non solo, ma i regolamenti appaiono solo formalmente subordinati alla legge nel rispetto di un teorico principio di legalità formale⁸⁸⁰. Tuttavia, negli ultimi anni si è assistito alla "fuga dal regolamento"⁸⁸¹, ovvero l'aumento degli atti normativi che non rispettano le forme dell'art. 17 della l. n. 400 del 1988, ma che da un punto di vista sostanziale, somigliano a tali fonti.

Il caso dei regolamenti, che in questa sede non può essere ulteriormente approfondito, dimostra come non esista più una netta demarcazione tra i ruoli del potere esecutivo e legislativo. Ciò ha consentito di potenziare il nuovo ruolo dell'amministrazione "*creatrice del diritto*"⁸⁸² nell'esercizio dei suoi poteri normativi, con cui, dettando determinate norme nel proprio campo d'azione, produce un'innovazione nell'ordinamento giuridico⁸⁸³. L'ampliamento dei poteri normativi delle Autorità indipendenti⁸⁸⁴ verso atti secondari come i regolamenti⁸⁸⁵, come gli atti di moral suasion, i codici di

⁸⁷⁷ CARLASSARE L., *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974, 132-133.

⁸⁷⁸ Sulle difficoltà in ordine alla categoria del regolamento intesa quale "*commistione di elementi propri della funzione esecutiva e di quella legislativa, tanto da non essere riconducibile con certezza alla funzione normativa o a quella amministrativa*", MARCHIANÒ G., *La funzione regolamentare Parte I. I regolamenti governativi*, Padova, Cedam, 1988, 5.

⁸⁷⁹ MASSA, *I regolamenti*, op.cit., 60 ed ancora CASSESE S., *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010.

⁸⁸⁰ MASSA, *I regolamenti*, op.cit., 62.

⁸⁸¹ Per approfondimenti sul punto, si veda PALADIN, *Fonti*, op.cit., 356; CARLASSARE L., VERONESI P., *Regolamento* (dir. cost.) in Enc. Dir. Aggiornamento, V, Milano, Giuffrè, 2001, 951 e 958.

⁸⁸² D'AMICO, op.cit.

⁸⁸³ Tale teorizzazione era già presente nel pensiero di Sandulli in SANDULLI A.M., *L'attività normativa della P.A.*, Napoli, Jovene, 1970.

⁸⁸⁴ Alle Autorità viene data "*la facoltà di porre in essere norme non propriamente statali, ma capaci di entrare a far parte della normazione positiva dello Stato, entrandovi come elementi costitutivi dell'ordinamento giuridico*". Tali norme inoltre si collocano organicamente nel sistema delle fonti assumendo rilevanza per l'ordinamento giuridico. GIANNINI M.S., *Saggio sui concetti di autonomia*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952, 199. Va anche ricordato che per alcuni interpreti, gli atti normativi delle Autorità non sono specificati nella loro natura e funzione, tanto che si era quasi dubitato della loro certa riconduzione alle fonti secondarie laddove "*pur essendo funzione normativa formalmente secondaria, presenta evidenti aspetti che la rendono sostanzialmente primaria, intervenendo in settori in cui manca disciplina normativa primaria compiuta, pur a fronte di riserve di legge*". CERULLI IRELLI V., *Audizione innanzi alla Prima Commissione della Camera dei Deputati*, sed. Antimeridiana 12 maggio 1999.

⁸⁸⁵ Va anche detto che, al fine di evitare che il Governo possa condizionare l'esercizio del potere regolamentare delle Autorità Indipendenti, i regolamenti emanati da queste non vengono sottoposti ai regolamenti governativi e ministeriali, non trovando applicazione la c.d. microgerarchia dell'art. 4 delle Preleggi, rafforzando in tal modo l'indipendenza delle Autorità. PALADIN L., *Le fonti*, op.cit., 345.

comportamento e le linee guida, si spiega in relazione alle aperture⁸⁸⁶, non sempre chiare del sistema delle fonti secondarie⁸⁸⁷.

A parere di alcuni interpreti, anche il sistema delle fonti secondarie sarebbe un sistema chiuso secondo un'interpretazione del combinato disposto degli artt. 117 comma 6 Cost. e 17 legge 400 del 1988 per cui la costituzionalizzazione della potestà regolamentare avrebbe determinato un certo irrigidimento anche delle fonti secondarie fino a ritenere il solo regolamento quale atto sub-legislativo consentito⁸⁸⁸. Quindi la creazione di fonti secondarie, senza rispettare lo schema dell'art. 17, sarebbe costituzionalmente illegittima perché andrebbe a violare l'art. 117 comma 6 come declinato dall'art. 17. Tuttavia, secondo la dottrina maggioritaria, solo il sistema delle fonti primarie va inteso come sistema chiuso, essendo solo queste previste tassativamente in Costituzione a differenza delle secondarie che sono atipiche e mobili ed inoltre è il principio di legalità a richiedere che un atto normativo secondario trovi fondamento nella legge che lo autorizza a dettare una certa disciplina ancorché con forme e modalità incerte⁸⁸⁹. Quindi deve prevalere l'idea che il sistema delle norme secondarie sia aperto e solo in tal modo si può ammettere che il potere normativo secondario venga conferito a soggetti diversi dal Governo come appunto accade con le Autorità indipendenti. Con esse infatti, l'art. 1 Cost., riceve una nuova lettura: l'esercizio della sovranità da

⁸⁸⁶ È stata la stessa Corte Costituzionale ad ammettere l'apertura del sistema al grado secondario delle fonti ed infatti i regolamenti trovano la propria legittimazione nella legge. Corte Cost. sent. 21 maggio 1970 n.79 in Giur. Cost. 1970, 460. Tuttavia con l'aumentare dei centri di produzione, si è frantumato il sistema delle fonti e il numero delle stesse è aumentato verso atti sempre più eterogenei. Tuttavia, ogni atto normativo secondario deve essere emanato ed interpretato nel rispetto dei principi della riserva di legge, preferenza della legge e legalità, non potendo, in alcun modo, porsi in contrasto con la legge. BARBERA A., *Atti normativi ed atti amministrativi generali delle Autorità Garanti, Regolazione e garanzia del pluralismo*, in Quad. riv. Trim. dir. Proc. Civ., 2, 86.

⁸⁸⁷ Sull'apertura del sistema delle fonti secondarie anche ad atti atipici e sulla rottura del rapporto legge e regolamento in termini di gerarchia, sono state fatte numerose riflessioni, in quanto si ritiene che sia stata la creazione stessa delle Autorità indipendenti ad aver ridotto "l'intero schema gerarchico ad uno schema liminare, insufficiente da solo a determinare la norma validamente applicabile al caso concreto, anche se nulla esclude che la legge possa intervenire nuovamente a disciplinare materie regolate dall'amministrazione". In tal senso quindi nella flessione della gerarchia, ha trovato spazio la competenza con cui i regolamenti sono stati assimilanti ai regolamenti indipendenti ovvero una fonte subprimaria atipica, MARZONA, N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti, I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 87-105. Accanto, si può richiamare la posizione di chi, invece, ritiene che il rapporto tra regolamenti ed atti delle Autorità Indipendenti ed altre fonti dell'ordinamento, si iscriva in una nuova declinazione del principio gerarchico ovvero una c.d. gerarchia all'incontrario, dal basso verso l'alto in cui l'attività normativa viene legittimata mediante un sistema di legittimazione dal basso operata dagli stessi destinatari della regolazione. GROSSO E., *Riconoscimento di poteri normativi "di fatto" alle Autorità Amministrative Indipendenti* in DOGLIANI M., *Il libro delle leggi strappazzato e la sua manutenzione*, Torino, Giappichelli, 2012, 75.

⁸⁸⁸ BIN R., *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, op.cit.; DI COSIMO G., *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁸⁸⁹ Sul rapporto tra fonte primaria e secondaria, nel momento in cui la seconda entra nell'ordinamento, sempre rispettando i principi di riserva di legge, legalità e preferenza della legge, a causa dell'ampiezza del proprio contenuto, rischia di porsi in posizione di separazione e non di gerarchia rispetto all'ordinamento giuridico di grado primario. Inoltre, l'atto secondario, resterebbe, secondo la dottrina, nella legalità e non nella legittimità costituzionale, poiché il giudizio di legittimità costituzionale deve passare attraverso la legge istitutiva ed inoltre, se l'atto secondario violasse la riserva di legge, esso non verrebbe dichiarato in via immediata costituzionalmente illegittimo, in quanto il sindacato di legittimità investe le sole fonti primarie. NICODEMO S., *Gli atti normativi delle Autorità Indipendenti*, Padova, Cedam, 2002, 244.

parte del popolo si realizza con la partecipazione dei regolati all'adozione di atti normativi dai regolatori, creando in tal modo una democrazia partecipata al fine di comporre interessi diversi⁸⁹⁰. Ciò porta a rimettere in discussione il principio di legalità con un'evidente ed inevitabile alterazione del principio costituzionale di separazione dei poteri, poiché da un lato sono i soli giudici a riscrivere il principio di legalità e dall'altro spostando l'asse verso la legalità procedimentale, si altera la stessa natura da cui si origina l'idea sostanziale di legalità, svuotandola del suo principale contenuto.

Una soluzione all'allargamento dei poteri delle Autorità e quindi, con i loro atti, del sistema delle fonti, dovrebbe essere un nuovo principio di legalità⁸⁹¹. Ciò in quanto, come la giurisprudenza amministrativa non ha mancato di evidenziare *“la dequotazione del principio di legalità sostanziale-giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori e concretizzata nell'attribuzione alle autorità di settore di ampi poteri regolamentari- impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari”*⁸⁹². In altri termini, il deficit di legalità sostanziale andrebbe colmato da un rafforzamento delle garanzie procedurali che fungono anche da strumento *“di legittimazione della presenza nel nostro ordinamento di Autorità indipendenti dal potere politico e sganciate in qualche misura dal circuito democratico tradizionale”*⁸⁹³, con la creazione e il potenziamento della legalità procedimentale. Quindi, l'affievolirsi della legalità sostanziale, potrebbe essere compensato solo se i destinatari finali delle decisioni partecipassero direttamente al procedimento di formazione degli atti normativi che a quelle decisioni sono preordinati. A tal proposito, la dottrina ha riferito di *“correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale”*, ritenendo che *“quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi quasi in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori”*⁸⁹⁴.

Bisognerà capire allora se si sta assistendo alla nascita di un un principio di legalità procedimentale in ausilio e, in parte, in sostituzione di quello sostanziale e se ciò sia compatibile con la Costituzione. Sul punto, con la sentenza n. 69 del 2017 la Corte ha mostrato un atteggiamento aperto all'introduzione di un principio di legalità procedurale che sia compatibile con la Costituzione.

⁸⁹⁰ CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida ANAC*, Relazione al convegno L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia tenutosi a Lecce 28 e 29 ottobre 2016 in www.italiappalti.it.

⁸⁹¹ Ciò è tanto più urgente quanto le forme di regolazione flessibile, atipica e concertata, come sono ad es. le linee guida, si trovano *“ai margini del perimetro di operatività del principio di legalità, rischiando di minare le garanzie dello Stato liberale”* DEODATO C., *Le linee guida dell'Anac: Una nuova fonte del diritto?* In www.giustiziamministrativa.it 2016.

⁸⁹² Cons. Stato, Sez IV, 2 maggio 2012 n. 2521.

⁸⁹³ TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos le Attualità del diritto*, maggio 2017.

⁸⁹⁴ CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005.

Infatti nel Considerato in diritto si legge che: *“l'eventuale indeterminazione dei contenuti sostanziali della legge può ritenersi in certa misura compensata dalla previsione di talune forme procedurali (sentenza n. 83 del 2015) aperte alla partecipazione di soggetti interessati e di organi tecnici. In questa logica, è stato dato rilievo alla previsione di determinati «elementi o moduli procedurali» (sentenza n. 435 del 2001) che consentano la collaborazione di più enti o organi (sentenze n. 157 del 1996 e n. 182 del 1994) - specie se connotati da competenze specialistiche e chiamati a operare secondo criteri tecnici, anche di ordine economico (sentenze n. 215 del 1998, n. 90 del 1994 e n. 34 del 1986) - o anche la partecipazione delle categorie interessate (sentenza n. 180 del 1996). La possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti”*.

Quindi, sembra che con il potenziamento della legalità sotto il profilo procedimentale, si possa ammettere la presenza nel sistema aperto delle fonti secondarie, di numerosi atti atipici, diversi dai regolamenti, come accade con le linee guida. Queste, si impongono assieme ad altri atti più o meno atipici come fonti che intervengono in settori lasciati liberi dalla legge e che spesso modificano anche determinazioni legislative precedenti e ciò avviene soprattutto nell'ambito dell'attività delle Autorità indipendenti, rispetto a cui la salvaguardia di uno standard minimo di legalità può avvenire o dalla ricostruzione della legalità sostanziale nel rapporto tra pubblica amministrazione e principi costituzionali⁸⁹⁵ oppure dal potenziamento della c.d. legalità procedurale⁸⁹⁶ oppure ancora creando un sistema di “*soccorso*” da parte della legalità procedurale della legalità sostanziale, secondo lo schema tipico delle Autorità indipendenti⁸⁹⁷.

Dall'esercizio del potere normativo e paranormativo delle Autorità indipendenti, ed in particolare, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, come anche dell'Autorità Garante della Privacy e della Consob, si coglie l'eterogeneità e l'atipicità degli strumenti di soft law individuabili in quegli atti normativi come gli atti di moral suasion dell'AGCM, le linee guida ANAC, le istruzioni della Banca d'Italia, le comunicazioni della CONSOB, gli orientamenti interpretativi dell'ISVAP e della COVIP, le risposte ai quesiti del Garante per la Protezione dei dati personali.

⁸⁹⁵ PIOGGIA A., *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, 49.

⁸⁹⁶ Sulla rilevanza della legalità procedurale di creazione giurisprudenziale, si rinvia a NICOTRA I., *L'autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁸⁹⁷ CLARICH, *Autorità indipendenti*, op.cit., 75.

Secondo alcuni interpreti, il rapporto tra Autorità indipendenti come soggetti che emanano atti normativi e gli atti stessi, si può spiegare e comprendere attraverso la ricostruzione delle loro caratteristiche comuni.

In merito ai rapporti tra soft law e le Autorità, va premesso che condividono prima di tutto il carattere dell'indefinitezza. Entrambe infatti sono eterogenee, di difficile qualificazione ed hanno in comune l'atipicità. Se da un lato la soft law si discosta dai canoni tradizionali degli atti normativi, dall'altro le Autorità Indipendenti si differenziano dal modello organizzativo tipico di amministrazione gerarchica. Entrambe sono prive di una vera legittimazione costituzionale (le Autorità non hanno una fonte che le legittimi espressamente in Costituzione, gli atti di soft law hanno un incerto ruolo nel sistema delle fonti).

È a partire da questo comune carattere che si fa spazio il collegamento tra Autorità e soft law.

Gli atti delle Autorità quali appunto pareri, raccomandazioni, linee guida, codici deontologici sono vincolanti nel senso che pur non sono produttivi di effetti giuridici in modo diretto e tuttavia come già sosteneva Predieri, *“non sono irrilevanti nel mondo giuridico”*, ma, anticipando le conclusioni di questa nostra riflessione, sono caratterizzati dall'essere *“di fatto vincolanti”*.

Tale vincolatività di fatto ha una doppia derivazione: la prima consistente nel provenire da soggetti diversi da quelli che comunemente pongono in essere atti normativi, ma dotati del necessario grado di autorevolezza che rende vincolanti gli atti che emanano; la seconda deriva dall'intrinseca capacità di obbligare, più o meno direttamente, a quanto in esse contenuto.

Tralasciando le diverse teorie sul generale inquadramento e sulla qualificazione delle Autorità quali soggetti paracostituzionali, in questa sede è rilevante richiamare la loro eterogeneità e diversificazione in relazione proprio all'esercizio dei loro poteri normativi e paranormativi.

Infatti, gli atti delle Autorità prescrivono regole di condotta che gli interpreti hanno definito *“astratte e generali, conformative per l'avvenire dei rapporti interpretati”*, innovativi dell'ordinamento, poiché introducono peculiari regole tecniche, necessariamente applicabili. Correlativamente, l'aspetto che contribuisce a permeare la soft law di una vincolatività di fatto è proprio l'impossibilità di disciplinare un settore tecnico senza il loro ausilio e quindi la loro vincolatività è direttamente legata alla necessità, da parte del Legislatore, di farvi ricorso.

Inoltre, gli atti delle Autorità, se in concreto non sembrano presentare nella loro formulazione indicazioni prescrittive e vincolanti, bensì consigli, tuttavia, come è emerso nella prassi, hanno un'indiretta capacità di imporsi come indicatori di un comportamento obbligatorio e vincolante.

Sotto il profilo della legittimazione di tali atti normativi, si tratta di atti fonti in cui, sia la categoria giuridica e sia colui che regola i settori specifici mediante tali strumenti ovvero disciplina determinate materie risultano legittimati dalla ratio pratica che risiede oggi nella soft law, la quale, in altri termini, è data dalla sua evidente indispensabilità in settori del mercato, quali le

comunicazioni o la concorrenza che necessitano di una disciplina “morbida” e flessibile nonostante la rilevanza del bene tutelato dall’Autorità.

Non è possibile tuttavia enucleare dei caratteri comuni agli atti delle Autorità perché si tratta di atti eterogenei per eccellenza, ma ciò che li inquadra quali strumenti di soft law è sicuramente la rilevanza del loro nucleo sostanziale rispetto alla cornice formale in cui sono iscritti e presentano, oltre ad una finalità specifica e ad una funzionalizzazione diretta, alla tutela del bene che l’Autorità deve “custodire”, anche la capacità di completare la norma primaria. Tale capacità si esplica sia attraverso un rinvio fisso da parte della legge, sia nel loro utilizzo quale unico veicolo mediante cui la legge può essere applicata. In tal senso, gli atti delle Autorità risultano necessari realizzando un vero e proprio sistema di fonti che produce risultati normativi.

Un esempio di soft law all’interno degli atti normativi delle Autorità, sono sicuramente gli atti di moral suasion dell’AGCM. Essi non presentano un’evidente vincolatività, ma hanno valore a causa della “*autorevolezza morale*” dell’Autorità da cui promanano e del rilevante profilo partecipativo dei destinatari nonché di coloro che possano indirettamente subire delle conseguenze rispetto alle decisioni dell’Autorità. In realtà se si abbraccia la tesi di chi ritiene che gli atti dell’AGCM non siano atti normativi puri, bensì paranormativi, allora vanno inquadrati come atti di c.d. soft regulation che detta vincoli molto stringenti nei confronti dei soggetti regolati, la cui ratio risiede nel “*rafforzare l’enforcement dell’attività puntuale, consentire una maggiore coerenza e prevedibilità decisionale, rendere accettabili da parte dei destinatari le decisioni applicative e, non da ultimo, facilitare anche il controllo giurisdizionale, dotando il giudice di uno strumento utile per verificare il rispetto dei principi d’imparzialità e proporzionalità nel caso concreto*” e che appunto si concreta, oltre che nella moral suasion, nelle linee guida, con cui l’Autorità offre indicazioni sulle proprie politiche in tema di concorrenza.

Se è vera la necessità, attualmente sentita con forza dall’ordinamento, di “*snellire, modernizzare e rendere più efficiente la produzione normativa in settori economici caratterizzati da forte dinamismo*”, essa può essere soddisfatta a pieno solo mediante gli strumenti di soft law che trovano la propria ratio di innovare il sistema, consentendo al contempo di adeguare immediatamente la normativa ai cambiamenti sociali ed economici che si impongono.

4.1 Le linee guida dell’Anac.

Secondo una parte degli interpreti⁸⁹⁸, all'interno delle problematiche sorte in tema di Autorità indipendenti e dell'esercizio dei loro poteri normativi, un ruolo centrale hanno ormai assunto quelle che sono state definite *prassi eversive dell'ordine democratico*, ovvero le linee guida dell'Anac⁸⁹⁹.

Quest'ultima, non è la sola Autorità indipendente ad aver emanato proprie linee guida. Come già ricordato per il Garante della privacy, anche l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha adottato, il 22 ottobre 2014⁹⁰⁰, "*le linee guida sulle quantificazioni delle sanzioni antitrust*"⁹⁰¹, il cui scopo è illustrare i principi che l'Autorità applicherà per quantificare le sanzioni, al fine di assicurare la trasparenza e la prevedibilità del proprio processo decisionale, in tal modo da scoraggiare le violazioni del diritto antitrust. Rispetto a tali linee guida, la dottrina ha precisato che esse "*vincolano l'agcm*" poiché "*pur essendo definite indicazioni di carattere generale, le imprese possono fare legittimo affidamento sul fatto che l'agcm segua le prescrizioni contenute nelle linee guida, e da esse possa discostarsi solo laddove esplicitamente previsto e nei limiti dei principi fondamentali garantiti dal nostro ordinamento*"⁹⁰², in tal modo, confermando, ancora una volta, la vincolatività di tali strumenti. Venendo al caso delle linee guida Anac, si ripropone la questione del rapporto tra atti di normazione secondaria e sistema delle fonti⁹⁰³ e quindi, in modo più generale, della tenuta, nell'ordinamento, dei principi di democraticità e legalità⁹⁰⁴.

Infatti, sebbene abbiamo già accennato alla compatibilità della potestà regolamentare delle Autorità con il sistema delle fonti, tuttavia l'esercizio dei poteri di regolazione è stato presidiato da cautele e condizioni che lo rendono compatibile con il principio di legalità ovvero, con il potenziamento dei

⁸⁹⁸ DEODATO, op.cit.

⁸⁹⁹ Esse, infatti, costituiscono il superamento della classificazione delle fonti, così come formulate dalle teorizzazioni classiche.

⁹⁰⁰ Tali linee guida, adottate con provv n. 25152 del 22 ottobre 2014 vengono redatte in applicazione dell'art. 15 comma 1 della l. 287 del 1990 istitutiva dell'Autorità. In generale vedi GHEZZI F., PINI D., *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela* in riv. Soc., 2015, 6, 1196 e CAZZATO C. E., *Le linee guida sulla quantificazione delle sanzioni antitrust. Introduzione al calcolo delle ammende imposte dall'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁹⁰¹ L'adozione di tali linee guida si pone in linea con il principio di comunitarizzazione delle sanzioni e nel solco di quanto già fatto da altri ordinamenti come Gran Bretagna, Germania, Spagna e Francia che si erano dotate di uno strumento analogo.

⁹⁰² CAZZATO, op.cit., 9.

⁹⁰³ Adottando quindi una concezione dinamica e non statica dell'ordinamento giuridico, possiamo pertanto giustificare atti come quelli delle Autorità, che ormai pongono agli interpreti il quesito impellente, di capire se tali strumenti di soft law disgregano il sistema delle fonti o se invece possano concorrere a plasmarne uno diverso dalla tradizionale rappresentazione monolitica a piramide. Anzi, condividendo l'approccio più diffuso, il sistema delle fonti non andrebbe più strutturato come una piramide, bensì come una struttura reticolare non unitaria (valga per tutti l'immagine, utilizzata dal Mostacci, dello specchio rotto per spiegare la mancanza di unitarietà del sistema delle fonti), e quindi maggiormente in grado di accogliere la pluralità degli atti rappresentando così la realtà giuridica attuale.

⁹⁰⁴ TITOMANLIO R., *Il potere normativo delle Autorità Amministrative indipendenti* in Ius Publicum network review, 2013 ed anche MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, MANETTI M., *Autorità indipendenti* (dir. Cost.) in Enc. Giur., IV, 1997, CLARICH M., *Autorità amministrative indipendenti* (aggiornamento), in Digesto pubbl., Torino, Giappichelli, 2008, I, 54.

principi e della legalità procedimentale al fine di tutelare l'ordinamento dal dilagare della corruzione⁹⁰⁵.

Le predette condizioni di legalità, secondo alcuni non sembrano rintracciabili nelle linee guida Anac e su tale problema la dottrina e la giurisprudenza hanno formulato numerose osservazioni. Infatti, tali linee guida, non hanno un vero e proprio carattere tecnico e settoriale e la regolazione del mercato in cui operano non deve essere necessariamente autonoma dal Governo. Inoltre, ad oggi non esiste alcuna base né interna né europea del potere regolativo dell'Anac, né come osserva una parte della dottrina, “*nelle disposizioni legislative che lo prevedono ed autorizzano, non appaiono rintracciabili i criteri e i principi alla stregua dei quali deve essere declinata la regolazione in questione*”⁹⁰⁶. Pertanto, per le linee guida Anac, manca una norma di legge che rinvii direttamente ad esse: invece, con una delega quasi in bianco, viene violato il principio di legalità che, diversamente, esige che il potere regolatorio, affidato dalla legge, ad una fonte subordinata, resti condizionato dal rispetto di parametri predefiniti dalla fonte legislativa.

Il principio di legalità, quindi è costretto ad atteggiarsi in modo molto peculiare: per le linee guida Anac, la legge ha definito in modo preciso i presupposti per l'esercizio del potere, lasciando all'Autorità il compito di sviluppare e integrare il precetto primario nelle parti in cui sorge l'esigenza di maggior puntualità non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi⁹⁰⁷.

Venendo alle norme, il codice dei contratti pubblici, D.lgs. 50 del 2016, prevede due diverse categorie di linee guida Anac, quelle tipiche e quelle atipiche.

Le prime, anche definite esecutive, hanno un oggetto determinato dalla legge come ad es. per la linea guida dell'art. 31 che detta una disciplina di dettaglio sui compiti specifici del responsabile unico del procedimento o la linea guida dell'art. 36 comma 7 sulle procedure dei contratti sottosoglia, o dell'art. 80 comma 13 sui mezzi di prova utilizzabili nell'ipotesi di esclusione. Diversamente, le linee guida c.d. atipiche sono quelle dell'art. 213 del D.lgs n. 50 del 2016, in cui

⁹⁰⁵ Sono numerosi gli strumenti di soft law in materia di contrasto alla corruzione da cui sembra possibile delineare un emergente modello di prevenzione della corruzione che dal punto di vista strutturale-istituzionale, organizzativo e funzionale si propone agli ordinamenti interni, sia a livello universale che a livello regionale e continentale come non solo utile, ma soprattutto in taluni casi ineludibile fonte di ispirazione delle politiche nazionali in materia. PARISI N., *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, n. 9/2019, www.federalismi.it. L'Italia, seguendo i suggerimenti del Gruppo di lavoro OCSE sulla corruzione e della Commissione europea, ha introdotto misure preventive di contrasto alla corruzione che si sono affiancate alle misure repressive di tipo penale presenti nel nostro paese. Lo scopo dell'intervento era migliorare il posizionamento del nostro paese nelle valutazioni internazionali, incidendo così sulla percezione della corruzione, prevenire la corruzione con un approccio “risk based”, sviluppando modelli di “compliance” e introducendo, appunto, strumenti di soft law, MONTANARI M., *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali. I rapporti dell'Unione europea del Working Group on Bribery dell'OCSE e del GRECO concernenti il nostro Paese*, in *Dir. pen. cont.*, 2012; SALAZAR L., *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione: l'Italia davanti ai suoi giudici*, in *Cass. pen.*, 2012, 4270 ss.

⁹⁰⁶ MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, *Dir. Amm.*, 2007.

⁹⁰⁷ Consiglio di Stato, parere n. 1767/2016 del 2 agosto 2016, par. 4.

viene conferito all'Anac uno specifico potere di regolazione flessibile⁹⁰⁸, consistente nell'emanazione di “*linee guida, bandi–tipo, capitolati–tipo*”, prevendendo in particolare al secondo comma, l'adozione di linee guida⁹⁰⁹, con la specifica finalità di integrare la disciplina dei contratti pubblici e prevenire problematiche spinose⁹¹⁰ e, al contempo, attuare le direttive europee.

La *ratio* di tale potestà regolatoria, basata sull'analisi delle condotte dei percettori della regolazione, che risultano efficaci per il fatto di indurre certi comportamenti, invece che imporli con la forza della coercizione diretta e sulla “flessibilità” della regolazione è orientata ad un risultato specifico, indicato nel comma 2 dell'art. 213 del Codice, ossia garantire la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, facilitando lo scambio di informazioni, così come l'omogeneità dei procedimenti amministrativi. Per ottenere tale risultato, la regolazione delegata all'Autorità, si affranca dalla tradizionale rigidità delle discipline astratte ed imperative, rinchiuse nelle tipiche fonti normative di rango primario, per esprimersi in atti di carattere secondario di diritto attenuato, appunto le linee guida.

Nell'ambito della potestà regolatoria, secondo quanto precisato dal Consiglio di Stato nel parere 855 del 1 aprile 2016, si distinguono tre tipologie di atti. La prima concerne gli atti propositivi dell'Anac recepiti, con decreto, dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti⁹¹¹ previo parere

⁹⁰⁸ Il conferimento di tale potere all'Anac, la erge a protagonista di un nuovo ciclo regolatorio, caratterizzato “*in negativo, dalla tendenza a non introdurre precetti rigidi ed assoluti e, in positivo, dall'essere ampiamente dialogico, nel senso di permeabile alle esigenze dei soggetti regolati, tanto che questi ultimi vengono consultati, in via preventiva, al fine di precisare e rendere più efficienti le azioni promosse ed adottate nel contesto della strategic regulation del mercato dei contratti pubblici*”. Si tratta del primo ciclo regolatorio affidato ad una Autorità Indipendente come soggetto regolatore del mercato dei contratti pubblici. Precedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, infatti, la regolazione del mercato preso in esame era affidata, principalmente, alla disciplina legislativa tradizionale (ossia al Codice dei contratti pubblici e al relativo regolamento attuativo). VALAGUZZA S., *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *La rivista della regolazione e dei mercati*, 1/2017 e anche VALAGUZZA S., *Sustainable Development in Public Contracts. An example of Strategic Regulation*, Milano, 2016. Per tutti, sulle specificità del mercato dei contratti pubblici, si rinvia a TORCHIA L., *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in questa Rivista, 72 ss. Sulla soft regulation dell'Anac in generale, vedi PELOSO A., *La regolazione flessibile e le nuove linee guida ANAC: il caso degli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, Fascicolo 1/2017, il quale individua “*nell'ambito delle attribuzioni regolatorie il fascio di funzioni di regolazione flessibile o c.d. soft regulation dell'ANAC*”.

⁹⁰⁹ È interessante il paradosso secondo cui la disposizione conferisce efficacia vincolante alle linee guida quali strumenti di regolazione flessibile poiché il Legislatore delegante voleva prevedere uno strumento più flessibile del regolamento che però fosse di fatto dotato della sua medesima efficacia. Non a caso, con lo Sblocca cantieri, è stato introdotto nuovamente lo strumento del regolamento.

⁹¹⁰ Un chiaro esempio di ciò sono le Linee Guida n. 15, approvate con delibera dell'ANAC n. 494 del 2019, aventi ad oggetto «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*», che, secondo il parere del Consiglio di Stato n. 667/2019, dovrebbero “*fungere da “guida”, anche se non vincolante, alle stazioni appaltanti*”. Al fine di approfondire il tema delle linee guida in materia di conflitto di interessi, si invia a LALLI A., MORESCHINI A., RICCI M., *L'Anac e la disciplina dei conflitti di interessi*, Esi, Working Paper 3, 2019 in particolare 83, ove viene precisato che la *ratio* delle Linee Guida dovrebbe essere quella dell'«*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*», ovvero dovrebbero essere “*un parametro interpretativo di tali aggettivi, mettendoli in relazione agli atti di gara*”.

⁹¹¹ TORCHIA L., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo* in *Giornale dir. Amm.*, 5/2016 605. Tali linee guida sono soggette alla disciplina propria dei regolamenti ministeriali e devono osservare le regole procedurali dell'art. 17 comma 3 della l. n. 400/1988. Nel parere n. 1767 del 2016, il Consiglio di Stato afferma che “*i decreti ministeriali devono qualificarsi quali atti sostanzialmente normativi, dotati dei caratteri della generalità, astrattezza e innovatività soggetti allo statuto proprio dei regolamenti ministeriali. Gli atti in esame devono osservare le regole procedurali indicate dall'art. 17 con l'obbligo,*

delle competenti commissioni parlamentari; la seconda concerne gli atti adottati con delibera dell'Anac e dichiarati vincolanti *erga omnes* ed infine, la terza, gli atti dell'Anac a carattere non vincolante.

Circa la natura degli atti sopraelencati, il Consiglio di Stato ritiene che, le prime (linee guida approvate con decreto ministeriale), abbiano pacificamente natura giuridica, dovuta all'approvazione ministeriale⁹¹².

Le seconde, (linee guida vincolanti adottate dall'Anac), non presentano valenza normativa, in quanto ancora vi sono dei dubbi sull'individuazione nella legge di un generale potere normativo dell'Anac, ma sono ritenute atti amministrativi generali⁹¹³, appartenenti al genus degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare⁹¹⁴.

Tale qualificazione avrebbe, come vantaggio, quello di consentire che la fase di attuazione delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che rinviano ad esse non incontri i limiti che il sesto comma dell'art. 117 Cost. pone all'esercizio del potere regolamentare statale.

tra l'altro, di: comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della loro emanazione; adozione previo parere del Consiglio di Stato e registrazione della Corte dei Conti; pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale". Tali atti hanno contenuto normativo regolamentare con la forma del decreto ministeriale conformemente allo schema delineato dalla norma generale in tema di potere regolamentare dell'Esecutivo.

⁹¹² Una parte della dottrina, tuttavia, ha rilevato un'anomalia circa la soggezione all'approvazione ministeriale di un atto elaborato da un'Autorità che dovrebbe essere indipendente dal potere Esecutivo. GIUFFRÈ, op.cit., 7. Diversamente, il Consiglio di Stato ha osservato che tali linee guida *"hanno efficacia innovativa nell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza delle disposizioni ivi previste. Pertanto, anche indipendentemente dal nomen juris fornito dalla delega e dallo stesso codice, tali atti devono essere considerati quali "regolamenti ministeriali" ai sensi dell'art. 17 comma 3 legge n.400/1988"* (punto IIg), 4, Parere.

⁹¹³ Alcuni hanno anche proposto una loro assimilazione alle circolari ovvero *"le linee guida non vincolanti sono da valersi quali atti amministrativi generali al pari di circolari contenenti istruzioni operative sull'applicazione della normativa di riferimento"* DEODATO, op.cit., ma per altri ciò non è possibile in quanto se è vero che per Cameo le circolari vanno intese quali *"atti di un'autorità superiore che stabiliscono in via generale ed astratta regole di condotta di autorità inferiori nel disbrigo degli affari d'ufficio"* e quindi possono essere ritenute norme interne, tale carattere è assente nelle linee guida non vincolanti perché tra Anac e stazioni appaltanti non vi è rapporto di subordinazione gerarchica. Ancora Altri hanno ritenuto di assimilare le linee guida non vincolanti alle direttive intersoggettive che indicano fini ed obiettivi da raggiungere, ma le linee guida sono più direttive "pesanti" poiché suggeriscono modelli di interpretazione ed applicazione delle norme oltre che modelli uniformi di atti amministrativi. MORBIDELLI, *Comandi o consigli*, op.cit., 273 ed anche D'ALBERGO S., *Direttiva* (voce), in Enc. Giur. XII, Milano, Giuffrè, 1964, 603. In tal senso, in fine, esse possono essere accostate alle *best practices* che se disattese integrano vizio di eccesso di potere ma non la legittimità dell'atto per violazione di legge. Quindi ciò spiega anche perché una parte della dottrina ritenga le linee guida non vincolanti come produttive di effetti giuridici poiché sono parametri di legittimità dei provvedimenti consequenziali salvo che vi siano presupposti per non osservare il parametro. MORBIDELLI, op.cit.

⁹¹⁴ in tal senso, il Consiglio di Stato nel proprio parere n. 1767/2016 ha precisato che *"Gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti si caratterizzano per il fatto che il principio di legalità assume una valenza diversa rispetto ai normali provvedimenti amministrativi. La legge, infatti, in ragione dell'elevato tecnicismo dell'ambito di intervento, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere (implicito) alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso. Nella fattispecie in esame, la legge, invece, ha definito in modo più preciso le condizioni e i presupposti per l'esercizio del potere, lasciando all'Autorità un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario nelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi".* La dottrina, Torchia, su questo punto ha precisato che *"in questa ricostruzione è la natura dell'Autorità che, per così dire, trascolora sulla natura delle regole. La premessa maggiore è data dalla natura dell'autorità come autorità di regolazione e ad essa consegue che gli atti sono quindi qualificabili come atti di regolazione. Di solito accade, in effetti, il contrario: la premessa maggiore è data dall'attribuzione di poteri qualificati formalmente come poteri di regolazione e da ciò discende la natura dell'autorità come autorità di regolazione".* TORCHIA, *Il nuovo codice*, op.cit., 605.

Ritenerle atti amministrativi pone i problemi che si avrebbero ritenendole atti normativi poiché questi ultimi andrebbero inquadrati nel sistema delle fonti e porrebbero numerose questioni relative al potere normativo dell'Anac e al suo fondamento.

Diversamente, la terza categoria (linee guida non vincolanti), sono, secondo la Commissione speciale presso il Consiglio di Stato, *“Le linee guida non vincolanti sono anch'esse atti amministrativi generali, con consequenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo. Esse perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti”*. Si tratta quindi di provvedimenti aventi una vera e propria natura *extra-ordinem*. Tuttavia, lo stesso Consiglio di Stato ha concluso per la qualificazione delle linee guida quali atti di regolazione poiché l'Anac è un'autorità amministrativa indipendente con funzioni di regolazione, secondo una lettura, quella contenuta nel parere del Consiglio di Stato che *“combina la valenza generale dei provvedimenti con la natura del soggetto emanante”*⁹¹⁵.

Sulla distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti, vi è stato un vivace dibattito in dottrina. Prima ancora di analizzare le diverse opinioni emerse intorno alla loro distinta natura, dobbiamo soffermare l'attenzione sul differente modo di atteggiarsi del principio di legalità rispetto alle due tipologie di linee guida. Infatti, mentre per le linee guida vincolanti, *“la legge, in ragione dell'elevato tecnicismo dell'ambito di intervento, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere (implicito) alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso. Nella fattispecie in esame, la legge, invece, ha definito in modo più preciso le condizioni e i presupposti per l'esercizio del potere, lasciando all'Autorità un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario nelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi”*; diversamente, per quelle non vincolanti, *“il principio di legalità si atteggia, in questo caso, in modo ancora differente, in quanto il d.lgs. n. 50 del 2016 si è limitato ad autorizzare, con previsione generale, l'esercizio di tale potere dell'Autorità, al fine di garantire «la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche» (art. 213)”*. In via generale, secondo il Consiglio di Stato *“Il controllo di legalità verrà svolto, mancando un puntale parametro legislativo di riferimento, alla luce delle norme generali di disciplina dell'attività amministrativa. Maggiore spazio avrà il controllo di ragionevolezza e anche la valutazione in ordine all'opportunità di talune scelte di regolazione, ovvero di estendere l'ambito delle direttive per offrire agli operatori del settore un quadro completo di indirizzi in grado di evitare distorsioni della concorrenza”*.

Infatti, le linee guida possono dirsi vincolanti solo se è il Legislatore a qualificarle espressamente come tali e quindi, in tutti gli altri casi, andrebbero qualificate come non vincolanti, sebbene se è vero che tutti gli atti normativi sono impugnabili, allora dovrebbero essere tutti vincolanti. In tal senso, la dicotomia vincolante e non vincolante, diverrebbe assolutamente relativa. Dall'altra parte

⁹¹⁵ Sul punto si veda il parere del Consiglio di Stato n. 855 del 2016 ed anche NICOTRA A., (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giappichelli, 2016.

però, la denominazione linea guida dovrebbe far propendere per una qualificazione non vincolante, salvo che non venga disposto il contrario dalla legge. Inoltre è lo stesso art. 231 comma 2 a stabilire che le linee guida siano strumenti di regolazione flessibile con ciò attirandoli nell'ambito della soft law⁹¹⁶ e, ancor prima, la relazione di accompagnamento al D.lgs. 50 del 2016 già indicava le linee guida “*quale strumento di soft law*”⁹¹⁷. Non solo, ma è stato ancora lo stesso Consiglio di Stato che nel proprio parere n. 1767/2016, al paragrafo 4.2., affermava che le linee guida “*hanno la funzione tipica di soft law*”⁹¹⁸.

In tema di linee guida e soft law⁹¹⁹, il Consiglio di Stato si era già espresso in passato a proposito delle linee guida per la garanzia della sicurezza della navigazione aerea. Si trattava di un atto adottato dall'Enac e contenente standard per la costruzione degli aeroporti e linee guida per la garanzia e la sicurezza della navigazione aerea. Il Consiglio di Stato, seppur rinviandole a dei regolamenti, aveva ritenuto che esse non costituissero formalmente delle fonti secondarie, ma le qualificava quali “*canoni di comportamento flessibili (droit souple) perché vincolanti secondo una logica di coerenza e di non conformità, espressione della forza non tanto conformativa (droit dur), ma adattativa (droit souple) del potere di regolazione attribuito all'ARN (quale l'ENAC)*”⁹²⁰. Rispetto a ciò, si evince che il Consiglio di Stato, ancor prima delle linee guida Anac, aveva rintracciato i caratteri della soft law, evidenziando come nelle linee guida prevalga l'aspetto adattativo del canone di comportamento (che sembra imposto dalla pluralità di soggetti che sono coinvolti nel raggiungimento delle finalità pubbliche) il che rende del tutto inadeguato “*il continuum gerarchico, lineare di fonti*”⁹²¹. Quindi, la flessibilità degli atti soft si

⁹¹⁶ CLARICH M., *La funzione di regolazione e le fonti del diritto*, Manuale di diritto amministrativo. Bologna, Il Mulino, 2013, 87 che precisa come la diffusione della soft law costituisca “*una delle linee direttrici entro cui si muove l'evoluzione del sistema delle fonti*”.

⁹¹⁷ Tuttavia, nei propri pareri, il Consiglio di Stato non ha avuto un orientamento costante circa la riconduzione delle linee guida alla categoria della soft law ed inoltre una parte della dottrina mette in luce proprio le incertezze e le contraddizioni del Consiglio di Stato su tale classificazione ed ancora ha rilevato l'inconferenza della riconduzione alla soft law perché essa “*non sarebbe altro che un insieme di strumenti accessori utilizzabili per l'interpretazione di altre disposizioni da impiegare per costruire la regola da applicare al caso concreto; poi perché esisterebbe nel nostro ordinamento una categoria giuridica di atti a cui ricondurle ed in particolare, nell'ambito delle fonti terziarie, potrebbero essere ascritte alle direttive*”. MORBIDELLI, op.cit., 12 e BUCALO, op.cit., 165.

⁹¹⁸ Anche una parte della dottrina favorisce l'accostamento delle linee guida alla soft law. GIUFFRÈ F., *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità nazionale anticorruzione* in NICOTRA I., (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione*, op.cit., 30; ancora, NICOTRA I., *L'autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, ivi, 35-36 ed anche, in fine, ROLLI R. SAMMARRO D., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: l'Anac e l'uomo di Vitruvio*, in Giustamm.it, 2016, fasc. 4, 8. Diversamente, altra parte della dottrina, ritiene che esse integrino uno strumento di fast law. GIUFFRÈ G.A., *Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle “linee guida” dell'Anac*, op.cit., 6.

⁹¹⁹ Si configurano quindi come strumenti di soft law (droit mou, diritto attenuato, diritto morbido) quel complesso di fonti, tecniche regolamentari e precetti di natura atipica che le istituzioni (statali, internazionali e comunitarie) hanno cominciato ad utilizzare di fronte alla obiettiva inadeguatezza dei tradizionali strumenti di produzione giuridica, a porre regole in grado di dominare e gestire la realtà contemporanea e dare, dunque, potenzialmente “*un'efficacia giuridica tangibile ed effettiva*” in relazione alle peculiarità del fenomeno. Si consideri, infatti, che il sistema giuridico è uno strumento molto più rigido e lento rispetto alla flessibilità e rapidità evolutiva dei sottosistemi come, in particolare, quello scientifico-tecnologico e quello economico, che sono dotati di una elevata capacità di autoprogrammazione e di autocorrezione.

⁹²⁰ BOSCHETTI, *Soft law e normatività*, op.cit.

⁹²¹ BOSCHETTI, *Soft law e normatività*, op.cit.

dovrebbe evincere dalla capacità di vincolare l'azione in modo diverso dalla conformità, che solo un canone di comportamento può garantire.

Secondo quanto fino ad ora osservato, il riferimento alla soft law, dovrebbe far ritenere che le linee guida condividano i caratteri degli atti soft, tra cui il carattere non formalmente vincolante⁹²², il rispetto delle regole in esse contenute, ma abbiano una propria rilevanza originale. Ciò si evince ad es. nell'art. 71 del codice ove, in tema di bandi tipo, contenuti in linee guida non vincolanti, viene stabilito che le stazioni appaltanti devono motivare espressamente e coerentemente le loro deroghe a tali bandi o ancora dall'art. 213 che ribadisce la loro impugnabilità innanzi al giudice amministrativo, ammettendone quindi l'efficacia nei confronti di terzi. Inoltre, esse mostrano la capacità persuasiva della razionalità delle condotte suggerite, piuttosto che *“la cogenza e stabilità di un sistema dettagliatamente codificato”*⁹²³, in cui spicca un rimodellamento del criterio di legittimazione del diritto, non più affidato alla forma, ma ad un contenuto e a delle modalità che implicassero l'adesione, indipendentemente dalla previsione di una sanzione⁹²⁴. Nelle linee guida però prevale l'aspetto hard della soft law, poiché, se il soggetto destinatario di una regola si discosta da essa, non va incontro ad una sanzione, ma deve adeguatamente motivare le ragioni della propria scelta difforme rispetto a quella indicata, come accade con le circolari o con le norme interne che sebbene non vincolanti, sono comunque espressione di una piena normatività. Ancora, con la soft law esse avrebbero un altro aspetto in comune: il loro processo di formazione ricalca la formazione degli atti di soft law, poiché avviene mediante l'interlocuzione con i c.d. *stakeholders*, ovvero soggetti portatori di interessi che contribuiscono a creare un atto di natura partecipata. Va evidenziato quindi il carattere della partecipazione, come veicolo per avere garantito il rispetto di uno standard minimo di legalità che le rende parte del sistema delle fonti, non in un'ottica gerarchica e in senso verticale, ma di un sistema organizzato in orizzontale (la rete a vocazione gerarchica) che ricorre anche ad un criterio c.d. di circolarità in cui *“la consultazione sistematica rappresenta una forma necessaria strutturata e trasparente di partecipazione al decision making dei soggetti interessati”*⁹²⁵.

Inoltre, secondo lo stesso Consiglio di Stato⁹²⁶, il loro inquadramento nella soft law gli conferirebbe natura amministrativa anche perché, altrimenti, si finirebbe per derogare al principio di tipicità delle

⁹²² BUCALO, op.cit., 165,166.

⁹²³ VALAGUZZA S., *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in Rivista della regolazione dei mercati, 1/2016, 9.

⁹²⁴ GIANNELLI V., *Linee guida Anac e fuga dall'Esecutivo*, in forum dei quaderni costituzionali, 10 settembre 2018, 5.

⁹²⁵ NICOTRA, op.cit., relativamente al parere n.1767 del 2 agosto 2016 e circa il procedimento di formazione, evidenziamo solo un aspetto in particolare, ovvero l'attitudine che tale procedimento presenta di realizzare un modello di regolazione c.d. democratico, volto alla ricerca di regole condivise, in cui la natura spiccatamente partecipativa è evidenziata dal linguaggio delle linee guida: snello e semplice nelle regole e nei procedimenti che le attuano, finalizzate ad una dimensione collaborativa di *“regolazione condivisa”*. Si rinvia alla trattazione di BUCALO, op.cit., 154.

⁹²⁶ Oltre che nel parere n. 1920 del 14 settembre 2016, il Consiglio di Stato, già in precedenza, aveva affermato che *“la soft law può riguardare spazi di contorno della regola legale, ma non può porsi in modo esuberante come diretta fonte del diritto”* Parere n. 1584 del 2015. Rispetto a ciò, erano state espresse delle perplessità circa l'inquadramento di tali linee guida che

fonti normative, che presidia la hard law ed inoltre la natura amministrativa deriverebbe dal fatto che, per espressa previsione normativa, le linee guida dell'Anac, sono sottoposte al sindacato del giudice amministrativo⁹²⁷ ai sensi dell'art. 213 comma 2 del Codice.

Tuttavia, se si ritiene che le linee guida dell'Anac, siano espressione di soft law, esse “*mettono in discussione il principio di tipicità delle fonti degli atti amministrativi con valenza regolatoria che costituisce un'esplicazione del principio di legalità*”. Ciò porta a ritenere che la soft law non è, come da molti fino ad ora sostenuto, una categoria giuridica generale in grado di ospitare atti atipici ed eterogenei, bensì un mezzo per indicare la flessibilità tipica degli atti di regolazione⁹²⁸. Secondo alcuni, se così fosse, vi sarebbe un evidente *vulnus* del principio di legalità, perché le disposizioni che dovrebbero fissare il potere dell'Anac di emanare le linee guida, non solo sono prive di un certo fondamento nella legge, ma, inoltre, mancano i principi e criteri alla stregua dei quali tale potere viene esercitato e quindi si ha una sorta di delega in bianco che va in contrasto con il principio di legalità, così come sancito dalla giurisprudenza costituzionale.

Tale *vulnus* potrebbe essere risolto solo valorizzando la prevalenza, negli atti soft, della componente persuasivo sollecitatoria⁹²⁹, rispetto a quella autoritativo prescrittiva, nel senso che gli effetti non sarebbero così dirompenti sul principio di legalità come se si trattasse di un atto a prescrittività piena e soprattutto il cui mancato rispetto implicasse una sanzione certa.

I principali dubbi che accompagnano le riflessioni sulle linee guida Anac e la soft law, concernono il fatto che, prima di esse, le Autorità indipendenti avevano fatto ricorso ad essa, solo per dare luogo ad interventi di moral suasion o dissuasione, interventi caratterizzati da “*un elevato grado di informalità che si collocano al di fuori del sistema delle fonti normative tipizzate, dando origine a quelle che nel diritto anglosassone sono qualificate come tertiary rules e che non creano regole vincolanti per gli operatori economici*”⁹³⁰. Diversamente, le linee guida Anac sono state concepite per sostituire previsioni di natura regolamentare, e quindi in tal senso sembra sia prevalsa l'esigenza di privilegiare una regolazione snella e veloce a discapito di una regolazione strutturata e controllata.

Ancora, in merito alle linee guida vincolanti, la prima riflessione da fare riguarda la contraddizione tra il *nomen* che le riconduce a raccomandazioni ed istruzioni e la loro effettiva portata cogente.

sostituiscono il regolamento nell'ambito della soft law. MARONE F., *Osservazioni sulla collocazione delle linee guida dell'Anac nel sistema delle fonti*, in *L'autorità Nazionale Anticorruzione*, op.cit., 73.

⁹²⁷ Diversamente, di norma gli atti di soft law non sono mai sottoposti a sindacato giurisdizionale, almeno non in ragione di un'espressa disposizione di legge.

⁹²⁸ CLARICH, op.cit., ed anche MORBIDELLI, *Linee guida Anac: comandi*, op.cit., 273.

⁹²⁹ In altri termini le linee guida Anac si dovrebbero atteggiare quali atti di soft regulation “*senza carattere di precettività, con efficacia di moral suasion, senza finalità attuative e specifiche di norme primarie e con il solo controllo preventivo e non obbligatorio né vincolante, dei pareri del Consiglio di Stato*” PAOLANTONIO N., *Tipicità della determinazione amministrativa delle fonti*, in *PA persona ed amministrazione*, 1/2018.

⁹³⁰ MORETTINI S., *Il Soft law nelle Autorità indipendenti, procedure oscure e assenza di garanzie?* In *Osservatorio sull'analisi di impatto della regolazione*, 2011, fasc. 4 e 5.

Parte della dottrina, ritiene però di attribuire alle linee guida vincolanti la qualificazione di atti sostanzialmente normativi, dotati di una natura regolamentare⁹³¹, essendo esse caratterizzate da generalità⁹³², astrattezza e innovatività, oltre che dalla capacità di integrare la fattispecie astratta e dalla non eccezionalità e temporaneità degli effetti⁹³³. Infine, in esse si rintraccia l'assenza di una vera e propria tipizzazione del potere regolamentare⁹³⁴. Non solo, ma anche lo stesso Consiglio di Stato, pur avendo escluso in alcuni pareri la natura regolamentare⁹³⁵, ha tuttavia affermato che *“laddove si tratti di linee guida vincolanti, l’Autorità delinei in modo chiaro e preciso il “precetto” vincolante da osservare da parte dei destinatari, pubblici e privati, dello stesso”* che implica, secondo la dottrina *“una proposizione precettiva innovativa e quindi non di mera applicazione della legge, ma espressione di potere normativo”*⁹³⁶. Pertanto esse si distinguerebbero dagli atti amministrativi generali a contenuto non normativo⁹³⁷ ed inoltre il codice stesso avrebbe loro conferito la funzione di esecuzione, integrazione ed attuazione propria del regolamento a cui succedono. Tuttavia tale teorizzazione deve fare i conti con la mancata tipizzazione di un espresso potere regolamentare ed anche con il deficit di legittimazione democratica dell’Anac⁹³⁸. Non solo, ma un’eventuale natura normativa creerebbe un problema di compatibilità con il sistema delle fonti secondarie, per come definito dal

⁹³¹ MORBIDELLI, *Comandi o consigli*, op.cit., 273 e anche CINTIOLI, op.cit., 381 i quali individuano nelle linee guida Anac una natura regolamentare.

⁹³² Di generalità spaziale in quanto i regolamenti sono rivolti ad una pluralità indeterminata di soggetti e di generalità temporale perché è ravvisabile la loro ripetibilità nel tempo, riferisce MORBIDELLI, *Comandi o consigli*, op.cit., 279.

⁹³³ MARONE F., *Le linee guida dell’Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 3/2017.

⁹³⁴ CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, 19784, 120. Sul tentativo della legge n. 400/1988 di “tipizzare” il potere regolamentare, si veda, TARLI BARBIERI G., *Regolamenti governativi e ministeriali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), DIRITTO COSTITUZIONALE, Milano, Giuffrè, 2008, 332; MOSCARINI A., *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, in Giurisprudenza costituzionale, 2008, 5075 ss.; nonché MASSA M., *Regolamenti amministrativi*, op.cit., 15 (ad avviso del quale, malgrado la vigenza della legge n. 400/88, *le fonti regolamentari «[hanno] continuato a sottrarsi a ogni tentativo di razionalizzazione, fuoriuscendo dagli schemi delineati dall’art. 17 e proliferando in una grande varietà di forme atipiche»*). Inoltre, sulla possibilità che la riforma del Titolo V della Costituzione abbia, invece, mutato il carattere atipico del potere regolamentare, si veda, BIN R., *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale. Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, 2004, 334.

⁹³⁵ Cons. Stato, comm. Speciale, 1 aprile 2016 n. 855, II, g) 5.

⁹³⁶ MORBIDELLI, *Le linee guida Anac*, op.cit., 11.

⁹³⁷ Sulla distinzione tra fonti secondarie e atti amministrativi generali, SANDULLI A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in Foro it., 1954, IV, 217 ss. (ad avviso dell’A. gli atti amministrativi generali si distinguerebbero dagli atti regolamentari in ragione dell’assenza del carattere dell’astrattezza e della capacità di innovare l’ordinamento); GIANNINI M.S., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, 1953, III, 18 ss. (il quale sostiene che gli atti amministrativi generali «hanno per scopo la cura di un interesse pubblico concreto e puntuale, che ne costituisce il motivo»; per contro, i regolamenti hanno di mira «la regolazione astratta di rapporti giuridici al fine di costituire l’ordinamento giuridico»); AMATO G., *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, Giuffrè, 1962, 193 ss.; CHELI E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, 443; Ed ancora CRISAFULLI V., *Fonti del diritto*, op.cit., 947 ss; MORTATI C., *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1970, 10 ss. (il quale si sofferma in particolare sul criterio dell’astrattezza).

⁹³⁸ Sul punto dobbiamo certamente ricordare come ormai in materia di fonti il criterio della competenza ha uno spazio sempre maggiore rispetto al criterio della gerarchia che si basava sulla legittimazione democratica. Sui dubbi circa la riconduzione delle linee guida ai regolamenti, MORBIDELLI, op.cit., CHITI M.P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, giorn. Dir. Amm. 2016, fasc.4 436; DEODATO C., *Le linee guida dell’Anac: una nuova fonte del diritto?* in www.giustiziaamministrativa.it

combinato disposto degli artt. 117 sesto comma Cost. e 17 legge n. 400 del 1988 con la conseguenza che tale provvedimento non dovrebbe (ma a questo punto dovremmo dire non avrebbe dovuto) trovare ingresso nell'ordinamento. Se riteniamo che anche le fonti secondarie siano tipiche e tassative, le disposizioni che autorizzano l'emanazione di atti di normazione secondaria (al di fuori del regolamento), affidandone poi la responsabilità ad Autorità diverse dal Governo, si potrebbero giudicare incostituzionali per violazione dell'art. 117 sesto comma Cost., sia perché violano il precetto che configura l'attività di normazione secondaria, come consentita nella sola forma tipica del regolamento, e sia perché potrebbe violarsi anche il riparto di competenze Stato e Regioni se si dovesse riscontrare in esse una lesione della competenza regolamentare delle Regioni⁹³⁹.

Ciò si tramuta in uno sconvolgimento dell'assetto costituzionale ed ordinamentale delle fonti di produzione del diritto impedendone un chiaro e razionale inquadramento nel sistema, poiché tali atti verrebbero collocati fuori o ai confini del sistema delle fonti conosciuto in un rapporto di interdipendenza con gli altri atti normativi che non va esente da molteplici criticità, poiché l'atipicità di tale strumento non consente di ritenerlo sempre quale strumento di accompagnamento e supporto della normativa primaria di riferimento, in considerazione anche del loro ambiguo carattere precettivo.

Sul punto, si potrebbe ritenere che, rispetto alle linee guida Anac, il criterio della gerarchia non possa essere idoneo a spiegare il loro ruolo rispetto al sistema, nel senso che il potere riconosciuto all'Anac di adottare linee guida rivolte alle amministrazioni pubbliche rinvia ad un rapporto di organizzazione che comporta un determinato grado di supremazia di un certo organo o soggetto rispetto ad altro, ma che non trova una collocazione soddisfacente nello schema della gerarchia. Diversamente, l'Anac eserciterebbe quel potere mediante la linea guida, per favorire la trasparenza e la regolarità delle procedure nell'ambito dei contratti pubblici, con una diversa intensità rispetto ad altri atti che emana, intensità variabile sotto il profilo degli effetti (normatività graduata).

Poiché tali linee guida sono riconducibili in senso sostanziale ai regolamenti, il controllo del giudice amministrativo sarà quello orientato ai canoni propri del controllo sui regolamenti. Tuttavia, sono opportune alcune precisazioni: trattandosi dell'Anac, che si distingue sotto il profilo della neutralità, indipendenza e tecnicità dalle altre Autorità, gli atti subiscono il controllo giudiziario in modo diverso. Infatti, mentre per gli atti delle altre Autorità il fondamento si rinviene nella giurisprudenza UE che, occupandosi di atti diversi da paese a paese, deve usare concetti giuridici indeterminati collegati ad analisi tecnico-economiche di carattere non giuridico, e quindi tali atti divengono, per la giurisprudenza amministrativa, *“il frutto di valutazioni tecniche e opinabili, che molto spesso sono state assimilate ai casi di discrezionalità tecnica ed a vario titolo accostate al merito amministrativo insindacabile”*⁹⁴⁰. Ciò

⁹³⁹ Sul punto, numerose sono le osservazioni critiche di DEODATO, op.cit.

⁹⁴⁰ CINTIOLI, op.cit.

non può valere per le linee guida Anac, perché anche se le questioni affrontate da esse sono tecniche, esse vengono concretamente risolte sul piano giuridico senza che venga coinvolto in tali risoluzioni il piano tecnico. In altre parole, all'Anac vengono rimesse questioni tecniche, ma le valutazioni richieste dalla legge e contenute nelle linee guida, sono giuridiche e quindi il controllo operato su di esse dal giudice amministrativo sarà un controllo giuridico e di legittimità dell'atto. Sul punto, la dottrina, precisa proprio che basta leggere le linee guida per convenire che “*esse trattano essenzialmente questioni di diritto, senza filtrare valutazioni opinabili non giuridiche*”⁹⁴¹.

Un aspetto interessante del sindacato, concerne il rapporto tra la linea guida e la norma primaria cui è legata⁹⁴²: tale sindacato dovrà estendersi fino alla coerenza logica e funzionale delle linee guida con la *ratio* della potestà normativa esercitata, purchè ovviamente non sconfini nell'apprezzamento del merito della scelta regolativa operata nel rispetto dei vincoli stabiliti dalla norma primaria. Cioè, la valutazione del giudice, dovrà concentrarsi sull'idoneità della regola d'azione cristallizzata nelle linee guida volta a soddisfare l'interesse regolativo stabilito nella norma primaria. Diversamente, se le linee guida derivassero da una delega in bianco, il giudice le esaminerà sulla base del canone della ragionevolezza e proporzionalità, tenuto anche conto dell'ampio margine di discrezionalità di tale atto.

In merito alle linee guida non vincolanti, esse, secondo la dottrina⁹⁴³, non possono assumere mai carattere regolamentare e vanno invece ricondotte agli atti amministrativi generali, assimilabili alle circolari o, secondo altri, a fonti di tipo terziario⁹⁴⁴. In primo luogo perché la loro fonte, l'art. 213 comma 2 del Codice dei contratti non reca la locuzione “*anche dotati di efficacia vincolante*”, presente invece nella legge delega. Quindi esse non possono avere efficacia normativa e se essa fosse stata loro attribuita, vi sarebbe una determinazione di potere normativo non conforme al principio di legalità che richiede la presenza di determinati criteri e principi ad opera della legge che indirizzino e delimitino l'area della normazione secondaria. Si tratta, come già chiarito dal Consiglio di Stato, di espressione di soft law, quali regole di condotta prive di una coecibilità nel senso classico del termine, ma dotate di una loro particolare forma di normatività che conferisce loro effetti giuridici. Circa l'impugnabilità delle linee guida non vincolanti, esse risultano lesive di situazioni giuridiche soggettive e, secondo la dottrina, si applicano i criteri di impugnabilità delle direttive e delle circolari. Se esse non contengono precetti realmente cogenti, avranno un effetto persuasivo nei confronti delle amministrazioni che ne dovranno motivare la disapplicazione. Se invece tali linee guida sono esplicative delle norme primarie, non avranno alcuna efficacia giuridica esterna. In

⁹⁴¹ CINTIOLI, op.cit.

⁹⁴² DEODATO C., *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'Anac* in federalismi.it, n.2/2017, 22.

⁹⁴³ MORBIDELLI, *Le linee guida Anac*, op.cit., 11.

⁹⁴⁴ CINTIOLI, op.cit.

conclusione, anche tali linee guida non vincolanti possono essere concretamente lesive e quindi i limiti del sindacato di legittimità saranno quelli applicati alle linee guida vincolanti.

E' evidente però che il carattere espressamente non vincolante, impone un sindacato meno intenso perché ha ad oggetto "*norme flessibili*" non espressamente cogenti e vincolanti che sembrano avere una minor capacità lesiva rispetto ai precetti dichiaratamente normativi⁹⁴⁵.

Infatti, mentre per le linee guida vincolanti, adottate con delibera dell'Anac, non vi sono dubbi sull'effetto precettivo, lo stesso non si può dire per quelle non vincolanti, tema che ha condotto gli interpreti a dover ripensare alla natura e alla qualificazione giuridica della categoria delle linee guida. Secondo il codice, nella sua prima formulazione, le linee guida non vincolanti, presentano un carattere obbligatorio o para-obbligatorio per le stazioni appaltanti da cui deriva il diverso grado di efficacia delle linee guida. Secondo una prima parte della dottrina, esse costituiscono espressione del potere di direttiva⁹⁴⁶ ed in tal senso l'art. 1 comma 1 lett f) della legge delega 11/2016 le definisce quali atti di indirizzo.

Tuttavia, guardando alla loro funzione, ovvero fornire istruzioni operative alle stazioni appaltanti e non integrare le norme primarie (funzione propria delle linee guida vincolanti), alcuni⁹⁴⁷ le collocano nell'ambito delle fonti terziarie del diritto amministrativo quali atti di natura tecnico operativa, parametri per valutare il corretto agire delle stazioni appaltanti e degli operatori del mercato⁹⁴⁸, che si rivolgono a norme già complete e quindi prive di qualsivoglia funzione integrativa. Si richiama il caso in cui la stazione si discosta dalla loro disciplina con una congrua motivazione, come ad es. nella linea guida n. 4 in cui era previsto espressamente un onere di motivazione più stringente in capo alla stazione appaltante nell'ipotesi in cui vi fosse la deroga all'applicazione del principio di rotazione degli operatori economici affidatari. Ciò che rileva però è che, siano esse più interpretative o dispositive, anche le linee guida non vincolanti hanno effetti giuridici, ovvero vanno ritenute obbligatorie in un modo peculiare. Si tratta, secondo una parte della dottrina⁹⁴⁹ della c.d. obbligatorietà condizionata o limitata secondo cui le prescrizioni in esse

⁹⁴⁵ Come non ha mancato di rilevare una parte della dottrina, Deodato "al giudice amministrativo spetterà di vagliare, caso per caso, un corretto equilibrio fra tre poli che fra loro si attraggono, ma che senza il corretto controllo potrebbero collassare l'uno sull'altro: da un lato la legge e lo scopo per il quale ha attribuito potestà normativa e regolatoria all'Anac; dall'altro l'Anac e i suoi poteri normativi; dall'altro ancora il terzo soggetto, privato o impresa, inciso in modo più o meno rilevante da tali provvedimenti". DEODATO, op.cit., 27.

⁹⁴⁶ MORBIDELLI, *Le linee guida Anac*, op.cit.

⁹⁴⁷ CINTIOLI, op.cit., 17 il quale valorizza anche un effetto c.d. "*esistenziale*" delle linee guida non vincolanti, che si lega alla stessa esistenza di tali atti nell'ordinamento ed anche DELLE FOGLIE N., *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle nuove linee guida Anac in materia di contratti pubblici* in www.giustamm.it 6/2016.

⁹⁴⁸ AMOROSINO S., *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia (dalla trasparenza alla concorrenza)*, in Riv. Trim. appalti, 2/2010, 317 ed anche Mazzamuto che valorizza il legame tra soft law e fonti terziarie, MAZZAMUTO M., *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, in dir. Amm., 2015, 683.

⁹⁴⁹ Morbidelli richiama Bobbio il quale aveva coniato l'espressione obbligatorietà condizionata in BOBBIO N., *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in Riv. Int.fil.dir., 1960, 79 ed anche Mazzamuto, op.cit. 230. Morbidelli afferma che gli effetti giuridici delle linee guida non vincolanti non sono effetti di ultima istanza non solo perché tali linee guida sono soggette al sindacato giurisdizionale, ma perché sono direttamente disapplicabili dai destinatari che

contenute sono da osservare a meno che non sia possibile dimostrare che vi sono ragioni per non osservarle e si tratta di effetti diversi da quelli di una fonte normativa, essendo privi di coercibilità in senso tradizionale, ma sono pratici, ma al contempo anche giuridici, come ad es. quando sorge l'obbligo di motivare se il soggetto si discosti da una determinata prescrizione dell'Autorità. Rispetto a ciò, si può concludere che, come una parte della dottrina non ha mancato di precisare⁹⁵⁰, gli effetti degli atti soft, come sono appunto le linee guida non vincolanti, sono effetti c.d. esistenziali, in cui gli atti soft sono "indirizzi esistenziali" quali strumenti che forniscono certezza agli operatori nel momento in cui con l'autorevolezza dei soggetti che emanano tali atti questi ultimi, se pur ritenuti nella grey zone del diritto, riescono a concorrere alla certezza del diritto.

Per completezza, va precisato che non è dall'analisi testuale delle norme che si può evincere il riferimento alla loro vincolatività. In realtà, è solo all'art. 1 lett t) della l. 11 del 2016 che compare, per la prima volta, l'attribuzione all'Anac di poteri di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, anche dotati di efficacia vincolante ed ancora all'art. 197 comma 4 dello schema di decreto legislativo nell'ambito del c.d. affidamento a contraente generale, le linee guida vengono espressamente qualificate come vincolanti. Anzi, con il Codice tali riferimenti scompaiono ed infatti nessuna linea guida indicata viene qualificata espressamente come vincolante e neppure viene precisata una vincolatività generale. Pertanto, secondo alcuni interpreti, è necessario capire da dove evincere la presenza di vincolatività e come enucleare alcuni indici che possano distinguere le linee guida dotate di vincolatività da quelle che non la posseggono⁹⁵¹. Infatti, solo guardando alla sensibilità della materia o alla espressa esclusione per legge della natura vincolante o dalla formulazione in concreto (se come precetto o come mero atto di indirizzo), si può comprendere che tipo di vincolatività possedga una linea guida e se la possedga⁹⁵². In realtà, un criterio generale

assumendosene le responsabilità, li ritengono *contra legem* o non pertinenti in osservanza del criterio dell'obbligatorietà condizionata. MORBIDELLI, *Le linee guida Anac*, op.cit., 14-15.

⁹⁵⁰ Sugli effetti esistenziali, Morbidelli richiama nel proprio scritto il pensiero di Lavagna e Guarino. MORBIDELLI G., *Editoriale. Degli effetti giuridici della soft law*, Rivista della regolazione e dei mercati, Fasc. 2/2016, 5.

⁹⁵¹ MORBIDELLI, *Comandi o consigli?* op. cit., 277 ss, che precisa come "la natura vincolante [sarebbe] consustanziale a talune delle regolazioni di cui l'Anac è onerata ex lege ad es. la definizione dei criteri e delle modalità attraverso cui definire i requisiti di compatibilità, moralità e professionalità per essere iscritti nell'albo delle commissioni giudicatrici non può che esplicarsi tramite regole vincolanti, in quanto impinge sullo status professionale. E difatti vengono stabilite le procedure da seguire per formare le commissioni, i requisiti richiesti, le modalità di iscrizione e di aggiornamento, tutte materie che non possono che essere disciplinate attraverso norme precettive. Lo stesso è a dirsi per le linee guida sulla nomina, sul ruolo e sui compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni (RUP) emanate ai sensi dell'art. 31, comma 5 del Codice, in quanto disposizioni integrative della fonte primaria, in materia di status (requisiti di professionalità) e di competenze di un organo amministrativo".

⁹⁵² Sulla formulazione della linea guida e del valore di tale formulazione, si rinvia a quanto già detto in tema di rapporti tra nudge e soft regulation, precisando ancora alcuni aspetti. Secondo alcuni interpreti, non è corretto pensare, rispetto alle linee guida, alla semplificazione del linguaggio giuridico, intesa come un veicolo di certezza nell'interpretazione di una norma o di un precetto, perchè una dose di vaghezza è inevitabilmente connessa alla sensibilità e alla percezione sistematica della regola da parte del lettore, qualificato o meno che sia. Dal lessico impiegato, analizzando, ad es., le prime sette linee guida adottate dall'Autorità Anticorruzione, si rileva una manifestazione giuridica con tratti simili a quelli del linguaggio comune, non specialistico, contraddistinta, da un lato, dalla continua riconduzione agli obiettivi che giustificano l'azione dell'Autorità di regolazione e, dall'altro, dall'intenzione di uniformare, semplificandolo, il modo di comunicare dell'Autorità con quello dei soggetti interessati dalla e alla regolazione nel campo dei contratti pubblici. Dall'analisi di alcune linee guida Anac, svolta da Valaguzza, si evince che "Dal confronto emerge che il linguaggio

non è stato formulato chiaramente nei pareri resi dal Consiglio di Stato (parere n. 855/2016 par. II, g), 5 e parere n. 1767/2016 par. 3.), in cui invece è stata fornita una sorta di linea guida secondo cui *“il carattere vincolante sarebbe da attribuire alle sole linee guida con valenza integrativa del precetto primario; per contro l’efficacia non vincolante si riscontrerebbe nelle linee guida aventi funzione meramente interpretativa dello stesso”*.

Più nello specifico, numerosi sono stati i Pareri in cui il Consiglio di Stato ha cercato di indicare come bisognasse approcciare alle linee guida. Si richiama il parere reso sul Codice dei contratti (parere del 1 aprile 2016 n. 855), in cui le qualifica come *“atti di regolamentazione flessibile”* in un’ottica di semplificazione e chiarezza secondo i canoni della flessibilità. Tale posizione è assunta anche nel Parere reso dal Consiglio di Stato il 3 novembre 2016 n. 2284 in cui è chiarito che le linee guida possono presentare una portata normativa vera e propria o in alternativa, una portata regolatoria di soft law. Con un ulteriore parere, il Consiglio di Stato, (Comm. Spec., 29 maggio 2017 n.1257), qualifica le linee guida Anac come un atto non regolamentare, bensì come un atto che *“chiarisce la portata applicativa e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti da una normativa”*. La Commissione ha infatti precisato che le Linee guida in questione costituiscono un *“atto non regolamentare”*, mediante il quale l’Anac chiarisce la portata applicativa e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti dalla normativa di cui alla legge n. 190/2012 e al d.lgs. 33/2013, come novellato dal d.lgs. 97/2016, a carico dei soggetti pubblici e privati sottoposti, al pari delle pubbliche amministrazioni, agli obblighi finalizzati a prevenire la corruzione e ad assicurare la trasparenza nell’azione amministrativa, rispetto ai quali l’Autorità ha una potestà di vigilanza. Tale *“potestà”* è desumibile da quanto previsto dall’art. 1, comma 2, lett. f), e comma 3, l. n. 190/2012 e, nello specifico, dal combinato disposto delle norme di cui agli artt. 45, comma 1 e comma 4, 47, comma 3, e 48 del d.lgs. n. 33/2013. Il Consiglio di Stato inoltre ha specificato come le linee guida in esame appaiano riconducibili al novero delle Linee guida *“non vincolanti”*, mediante le quali *“l’ANAC fornisce ai soggetti interessati indicazioni sul corretto modo di adempiere agli obblighi previsti dalla*

delle linee guida, contrariamente a quello complesso e talvolta neanche poco comprensibile delle norme del nuovo Codice appena citate, si avvantaggia della regolazione flessibile di cui tali atti sono espressione, che permette al testo di essere discorsivo, motivato, inserito in un contesto in cui l’atto atipico tenta di dare risposta alle problematiche che affronta, favorendo l’immedesimazione della prospettiva del destinatario con quella del regolatore. Il livello di complessità dell’andamento sintattico e della terminologia impiegata dal regolatore, avendo riguardo alle linee guida, oppure dal legislatore, nel caso delle previsioni del Codice, influisce direttamente sulla comprensibilità degli enunciati e, se il significato di un precetto non appare chiaro, la conformazione ad esso è più difficile”.

Nel testo delle linee guida dell’Autorità, preso come esempio, viene utilizzata la tecnica di condurre i destinatari della regolazione a riconoscere la razionalità della regola che si va introducendo, prospettandone già la soluzione. Quindi il destinatario, dovrà solo adeguarsi alla regola inserita nelle linee guida, *“in quanto riscontro razionale di un bisogno concreto, in vista di un obiettivo certamente condiviso, ossia l’efficienza dell’attività delle stazioni appaltanti”*. Quindi, l’analisi linguistica delle linee guida ha messo in risalto che l’Autorità Anticorruzione, non si limita a suggerire un’azione, ma la indica come necessaria. Secondo Valaguzza quindi, *“il regolatore, quindi, non ha ancora completamente abbandonato la tecnica di introdurre precetti, obblighi e divieti, per abbracciare quella che guardi prevalentemente agli obiettivi, lasciando i destinatari della regolazione liberi di scegliere autonomamente la strada ritenuta migliore”*. VALAGUZZA, op.cit.

normativa e sull'adempimento dei quali ha poteri di vigilanza, indicazioni che costituiranno parametro di valutazione per l'esercizio di tali poteri e l'adozione dei provvedimenti conseguenti. Ne deriva, all'evidenza, che tali linee guida non siano immediatamente lesive, prendendo spessore l'eventuale lesività solo all'esito del procedimento instaurato per "l'adozione dei provvedimenti conseguenti". Inoltre lo stesso Consiglio di Stato ha precisato – proprio per la natura non vincolante delle stesse – che comunque i destinatari ben "...possono discostarsi dalle linee guida mediante atti che contengano una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, idonea a dar conto delle ragioni della diversa scelta amministrativa...e che "...Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata, in sede giurisdizionale, come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari."

Quindi gli atti dell'Anac sono sicuramente espressione di un potere normativo di regolazione flessibile, assegnato dalla legge a colui che, Autorità indipendente, le emana proprio sulla base dell'indipendenza esercitata, al fine di soddisfare le necessarie esigenze di garanzia, con la partecipazione di coloro che possono essere incisi direttamente o indirettamente dall'atto.

Ci si deve domandare ancora quindi se, chiarita la natura delle linee guida in generale, non siano in particolare quelle non vincolanti a personificare un vero e proprio atto di soft law, avendo una natura a vincolatività attenuata e al contempo una capacità paranormativa. Si tratta a tutta evidenza di atti di regolamentazione flessibile, intesi come nuovi strumenti di regolazione che sembrano meglio adattarsi alla complessità della società moderne e più adeguati per dare risposte a problematiche attuali connesse con la globalizzazione e l'interdipendenza dei mercati, delle istituzioni e delle collettività.

Sulle linee guida (non vincolanti) dell'Anac, negli ultimi mesi, la giurisprudenza amministrativa⁹⁵³ è tornata più volte.

Fino alla pronuncia del Tar Lazio (ord. 517/2018), che ha escluso la riconduzione delle linee guida (nello specifico delle linee guida Anac) ai regolamenti, per l'interprete era consolidata l'idea che nelle linee guida potessero ravvisarsi invece i caratteri sostanziali dei regolamenti. La formulazione di tali linee guida, secondo i giudici del Tar, sposa una "*finalità istruttiva*", richiamando e non parafrasando i precetti normativi, al fine di evidenziare i punti che necessitano di una reale scelta interpretativa. L'aspetto che interessa evidenziare è che, l'atto impugnato innanzi al Tar risulta sfornito di contenuto lesivo diretto nei confronti dei potenziali destinatari e della parte ricorrente, configurandosi quindi un mero atto di indirizzo e supporto che può essere oggetto di impugnazione

⁹⁵³ In tema di linee guida si richiamano anche numerose pronunce precedenti del Tar: sent. 25 gennaio 2017 n. 1324; Tar Puglia- Bari, 5 aprile 2017 n. 340 in cui viene evidenziato che "*la struttura e la forza delle linee guida non vincolanti sia quella tipica del soft law, capaci di imporsi solo in senso persuasivo e/o interpretativo, ma cedevoli (almeno formalmente) davanti al dato normativo dettato dalle fonti positive di hard law a differenza di quanto accade per le linee guida vincolanti*"; sulla forza cogente delle linee guida vincolanti, si richiama Tar Campania-Napoli, 19 ottobre 2017 n. 4884 e sull'assenza di forza cogente in quelle non vincolanti Tar Lazio- Roma, 14 febbraio 2018 n. 1735.

avanti al g.a., solo unitamente all'atto specifico che, in applicazione di tale indirizzo (ove recepito), incida in maniera puntuale sulla posizione giuridica del destinatario.

Il Tar Lazio, con sentenza n. 9335 del 15 luglio 2019 ha poi precisato, approposito della linea guida Anac n. 11, che essa ha natura non vincolante e meramente interpretativa del precetto primario sulla base di quanto contenuto all'art. 213 comma 2 del D.lgs. 50/2016 e quindi, sempre secondo il Tar, le linee guida non vincolanti dell'Anac *“hanno una portata mai immediatamente lesiva, assolvendo allo scopo, al pari delle circolari interpretative, di supportare l'amministrazione e favorire comportamenti omogenei delle PP.AA. appaltanti e che quindi l'impugnazione delle linee guida medesime è inammissibile”* ed ancora che tali linee guida non vincolanti *“lungi dal fissare regole di carattere prescrittivo, si atteggiavano soltanto quale strumento di regolazione flessibile, con funzione ricognitiva di principi di carattere generale e di ausilio interpretativo alle amministrazioni cui sono rivolte”*, come già era stato ribadito dallo stesso Tar con sentenza n. 7934 del 18 giugno 2019 e ancor prima dal Consiglio di Stato con pronuncia n. 6026 del 22 ottobre 2018⁹⁵⁴.

Per completezza di indagine, dobbiamo concludere ricordando che il dibattito sulle linee guida è stato messo a tacere dallo stesso Legislatore. Infatti, come dal regolamento di esecuzione⁹⁵⁵, fonte del diritto di secondo grado, si è passati alle linee guida quali fonte del diritto, espressione di soft law, così, con il d.l. sblocca Cantieri, si è tornati al regolamento.

Il ritorno al regolamento cela l'esigenza di elevare il grado della disciplina, sia per forma, sia per contenuto e ciò in funzione della stabilità e della certezza del diritto che le linee guida non erano state in grado di dare. Ciò viene confermato, ad es., dall'inciso nel primo periodo dell'art. 216 comma 27 octies, in cui viene previsto un potere regolamentare a carattere generale. In altre parole, tale inciso sembra suggerire un ritorno al regolamento governativo dell'art. 17 comma 1 della legge 400 del 1988, sia come regolamento di esecuzione (lettera a) sia di attuazione ed integrazione (lettera b). Quindi da quella che è stata definita la fuga dal regolamento si va ad un ritorno al regolamento, rispetto a cui va precisato che non vengono sostituite le linee guida, ma vengono conservate. L'art. 216 comma 27 octies richiama numerose fonti tra cui le linee guida, ma, molte di esse (come ad es. 5, 7, 11 e 48), non sono state interessate dalla modifica normativa e ciò significa che restano ancora in vigore. Il decreto legge in questione novella l'articolo 36 Codice dei Contratti pubblici e, più in generale, ripensa il ruolo delle linee guida Anac perché, attraverso l'introduzione dell'articolo 216, comma 27 octies (e la modifica delle norme del Codice dei contratti che le prevedono), l'esecuzione,

⁹⁵⁴ In questa pronuncia, il Consiglio di Stato afferma, altresì, che le linee guida non vincolanti non sono dotate di carattere parametrico rispetto alla decisione del contraente.

⁹⁵⁵ Secondo alcuni la scelta delle linee guida al posto del regolamento deriva dalla visione secondo cui la figura del regolamento è figlia di un sistema di regolazione antiquato, ovvero quello basato sulla dicotomia fonte primaria / fonte secondaria; migliore la scelta di regolare il settore dei contratti pubblici mediante una disciplina primaria snella e per principi e di demandare la disciplina sub-primaria ad altri atti di soft regulation. CONTESSA C., *Dalla legge delega al nuovo "codice": opportunità e profili di criticità*, in CONTESSA C., CROCCO D., *Il nuovo codice degli appalti commentato*, Dei, 2016.

l'attuazione e l'integrazione del codice sono affidate al regolamento unico. Naturalmente non è possibile prevedere se il decreto verrà convertito o meno e se verrà convertito nel suo testo attuale o con modifiche, tuttavia le linee guida rimarranno «*in vigore o efficaci*» sino alla data di entrata in vigore del regolamento in questione.

Considerazioni conclusive

La presente tesi di dottorato ha cercato di indagare, almeno nelle intenzioni, la rilevanza della soft law come fonte del diritto produttrice di diritto effettivo e, all'interno della categoria, il ruolo assunto dalle linee guida.

A partire dai quattro processi posti in evidenza, che hanno sconvolto il sistema delle fonti, si è messo in luce come ormai la legge appare sempre più annebbiata e precaria, consentendo alle fonti secondarie e terziarie di sconvolgere l'assetto classico, orientato al criterio della gerarchia e poi della

competenza, sostituiti da nuove configurazioni delle fonti, quali l'arcipelago o la rete che permettono alle fonti, ed in particolare quelle che provengono dai privati e dagli altri ordinamenti, primo fra tutti quello europeo, di trovare posto nel sistema, poiché esso viene letto, non in modo classicamente verticale, ma strutturato secondo un groviglio orizzontale di atti normativi.

Nel momento in cui si è superata l'idea di dover inquadrare gli atti normativi all'interno del solo criterio gerarchico, è stato possibile cominciare a pensare ad autonomi atti di diritto attenuato interno, capaci di imporsi con un loro sottosistema. In tal senso, la ricerca ha mostrato che all'interprete viene richiesto un nuovo e diverso sforzo, quello di analizzare tali atti nella loro efficacia *anche vincolante*, ovvero capaci di produrre propri effetti giuridici densi di contenuto prescrittivo e anche descrittivo, tanto che alcuni di essi, come ad esempio le linee guida Anac, sono state ritenute, a tutti gli effetti, fonti sulla produzione.

L'avvento di sempre più numerosi e variegati atti di soft law, ha consentito di poter ritenere che esista ormai un diritto attenuato proprio del nostro ordinamento, che si distingue dalla soft law internazionale ed europea e che presenta delle caratteristiche proprie sotto il profilo della vincolatività, normatività, rilevanza ed eterogeneità, oltre che della coerenza con i principi di certezza del diritto e di legalità.

Quindi, si è constatato come nell'ordinamento abbia ormai un rilievo autonomo il carattere *debole* della prescrizione, dato che, come dimostrato, essa è contenuta in atti che sono formalmente e classicamente fonti del diritto. Non solo, ma la lettura delle linee guida, ed in particolare di quelle dell'Anac, ha condotto a ritenere che la natura vaga o solo dichiarativa del comando, non ne esclude il carattere *hard*. Sul punto, abbiamo approfondito anche gli aspetti della formulazione letterale delle linee guida, constatando come, in esse, si rintraccia l'uso del verbo all'indicativo e viene descritta una condotta attesa da parte dei percettori della regolazione, pur non imposta secondo i crismi dei comandi imperativi, che si atteggia come un comando implicito. In tal senso, le linee guida non si limitano a porre in essere le condizioni perché le cose accadano (prevedendo i comportamenti degli enti pubblici a fronte di determinate scelte regolatorie), ma enunciano, di fatto, dei veri e propri obblighi, pur attraverso un linguaggio diverso da quello tipicamente prescrittivo, ovvero un linguaggio performativo, basato sul consiglio e non sul comando. Sempre dalla lettura delle linee guida, si evince che, pur impiegando una sintassi tendenzialmente semplice e un lessico facilmente comprensibile, esse si limitano a prescrivere spesso, in maniera implicita o esplicita, determinate azioni, ritenendole necessarie, senza sfruttare l'analisi preventiva della reazione dei percettori delle regole (ossia le amministrazioni pubbliche) utilizzando invece una "*strategia regolatoria cognitiva*"⁹⁵⁶.

⁹⁵⁶ VALAGUZZA, op.cit.

Nell'analizzare la normatività degli atti di diritto attenuato, si è posto all'attenzione il loro carattere graduato. Gli atti non sono orientati secondo una gerarchia verticale, ma secondo un inquadramento orizzontale in cui essi si distinguono per intensità normativa. In tal modo gli atti di diritto attenuato dialogano con le norme secondarie e primarie in modo armonico, all'interno di quella che abbiamo definito “*la rete a vocazione gerarchica*”, in cui vi sono una pluralità di atti con diversi regimi giuridici, tenendo conto delle fonti in un'ottica piramidalmente organizzata, ma aperta anche ad atti e strumenti diversi e nuovi come quelli attenuati.

La rete a vocazione gerarchica risulta così fondata sul principio dell'effettività che garantisce che i comandi giuridici siano riconoscibili a condizione che ricevano un certo tasso di osservanza e accettazione dai consociati. In tal modo si può ritenere che gli strumenti di diritto attenuato entrino nell'ordinamento realizzando un effetto persuasivo sui consociati, pur essendo privi di sanzione nel significato classico del termine, ma producendo effetti giuridici sul piano fattuale. Ciò, come si è avuto modo di constatare, si inserisce in una nuova immagine del diritto, ormai lontano da quello statico e immutabile laddove, nel nuovo ordinamento pluralistico delle società democratiche il diritto diventa qualcosa di flessibile ed immediato.

La consapevolezza quindi che alla soft law internazionale ed europea, si sta affiancando una *soft law interna* che abbiamo chiamato *diritto attenuato*, ha indotto a tentare, da un lato di chiarirne i confini, e dall'altro di comprenderne la portata e la struttura. In merito ai confini, essi sono ancora piuttosto fumosi, in quanto gli atti di diritto attenuato occupano una zona grigia tra *hard law* e *no law*⁹⁵⁷, in cui sono contenuti una varietà di atti atipici ed eterogenei che dialogano, come abbiamo visto, con le altre fonti (fonti in parte secondarie ed in parte nuove fonti, dall'incerto inquadramento).

Al fine di definire i contorni degli atti attenuati, si è evidenziato che essi sono caratterizzati spesso da un alto grado di tecnicità che ha condotto ad un'analisi necessaria del rapporto con le norme tecniche. Ancora, è emerso un altro, delicato aspetto ovvero il rapporto di questi atti con la norma primaria cui si riferiscono: infatti, gli atti attenuati hanno una forma di autonomia relativa, nel senso che sono posti in relazione diretta e necessaria con una norma primaria che sovente ne giustifica la legittimità. Ciò porta il sistema a diventare sempre più un sistema complesso e multiforme ad efficacia differenziata, ove tali nuovi atti si innestano in una struttura classica fondata su norme, prescrittive, che producono effetti giuridici.

Nella terza parte del nostro scritto ci si è soffermati sull'esempio più dirompente e complesso di diritto attenuato: le linee guida.

⁹⁵⁷ CASSESE A.S., WEILER J., *Change and stability in international law making*, European University Institute, 1988

Queste ultime, sebbene non possano essere ricondotte ad una categoria giuridica unitaria e tipica, tuttavia, si sono imposte in modo talmente immediato, obbligando gli interpreti a riflettere su di esse e, se possibile, dar loro una collocazione, fuori o dentro, il sistema.

Sul punto, è apparso chiaro che, sia nel ritenerle dei c.d. regolamenti mascherati (pur privi della previsione tipica dei relativi poteri), sia nel ritenerle, in modo generale, delle fonti secondarie che prescindono dall'investitura democratica dell'organo emanante, o ancora atti di regolazione o atti di soft law, esse necessitano comunque di una qualche predeterminazione legislativa che ne giustifichi la qualificazione quali fonti.

Innanzitutto di esse abbiamo riscontrato la flessibilità, la capacità di adeguarsi al divenire del reale, pur se prive di un formale valore vincolante e di sanzione, oltre che, nella maggioranza dei casi, il loro essere figlie di un procedimento che non contiene i canoni procedurali di formazione degli atti normativi. Ciò ha subito posto il problema del loro conflitto con il principio di legalità, conflitto che può essere affrontato potenziando da un lato il principio di legalità processuale e dall'altro dotando il sindacato giurisdizionale su di esse di una maggior forza, come evidenziato nell'analisi delle linee guida dell'Anac.

Le linee guida in generale, e, in particolare, quelle operanti nel diritto dell'ambiente, della salute e delle Autorità indipendenti, costituiscono dunque una categoria non omogenea⁹⁵⁸ che guida l'attività dei destinatari con la fissazione di criteri, canoni, metodologie, procedure. La loro finalità, come abbiamo riscontrato, va dall'assicurare l'uniformità di trattamento, al raggiungimento dell'efficienza, fino alla realizzazione di una corretta interpretazione di norme e di previsioni tecniche, costituendo un buon esercizio di *better regulation*.

La domanda che si è posta nel corso della trattazione è stata se esse siano o meno fonti del diritto nel senso classico del termine, quali atti accreditati dalla capacità inesauribile di produrre regole.

Per renderle compatibili con il classico criterio gerarchico, le linee guida andrebbero intese quali atti di indirizzo, in modo tale da avere una loro collocazione nel sistema in un determinato grado gerarchico, inteso quale "*grado di efficacia propria di ciascuna fonte*"⁹⁵⁹.

Tuttavia, indagando la loro natura, si è ragionato sulla funzione di completamento della normativa primaria, poiché la legge vi rinvia (nel senso che il rapporto tra norma primaria e atto secondario non si fonda sulla sola gerarchia⁹⁶⁰, ovvero su una pura sovraordinazione della norma

⁹⁵⁸ Riferisce della mancanza di omogeneità MORBIDELLI, *Le linee guida Anac*, op.cit., 5.

⁹⁵⁹ MODUGNO F., *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2007, 95.

⁹⁶⁰ Coloro che ritengono sia sempre e comunque prevalente il criterio gerarchico, affermano che le linee guida Anac "si collocano nel punto più inferiore di una linea ideale di collegamento gerarchico, che passi per ciascuna delle fonti considerate nel micro sistema delle fonti sui contratti pubblici e che vede collocate all'apice di essa le Direttive recepite nel codice, nondimeno, nelle prescrizioni di regolazione introdotte fino ad ora dall'Anac, l'interprete potrebbe comunque scorgere un tratto di continuità con l'esigenza di tutela di interessi che risultano connotati, se non da una pari gradualità gerarchica, quanto meno dalla corrispondenza a quelli fissati dalla normativa comunitaria". DEDATO, op.cit.

secondaria alla primaria, ma su un rapporto di integrazione/sussidiarietà⁹⁶¹). Se così è, allora, esse si inseriscono all'interno di quel caos normativo rispetto a cui “*l'insegnamento tradizionale, rinvenibile in tutti gli studi classici dei costituzionalisti, della classificazione delle fonti del diritto in leggi, regolamenti e consuetudini, non è mai apparso, come adesso, antico e per molti versi, superato per effetto delle sollecitazioni dell'economia globalizzata che esige una regolazione più flessibile, veloce e meno formale*”⁹⁶².

Dall'analisi delle linee guida richiamate sembra di poterci pronunciare a favore di una sorta di “indurimento” della soft law, dal momento che, come abbiamo visto, emergono strumenti di regolamentazione flessibile che di fatto si atteggiavano come veri e propri atti normativi. In genere, come si è appurato, tale fenomeno viene spiegato, al contrario, come un ammorbidimento della *hard law*, in cui vengono prescelti strumenti *soft* in luogo di atti normativi di rango primario. Infatti, l'idea originaria secondo cui le linee guida sono regole tecniche e non giuridiche prive di una vera e piena vincolatività e la cui osservanza viene rimessa all'adesione volontaria dei soggetti interessati, non corrisponde a quello che, in via di fatto, le linee guida sono nei tre settori richiamati. Pertanto, è sempre più evidente una contraddizione tra *nomen juris*, riferito tradizionalmente ad atti di raccomandazione e/o istruzione operativa per la miglior applicazione dei precetti normativi, e la portata cogente (ovvero vincolante) attribuita ai loro contenuti.

Tuttavia dobbiamo precisare che, se è vero che, con i dovuti meccanismi, si garantisce il rispetto del principio di legalità e di certezza del diritto, allora la differenza tra una soft law sempre più indurita e una *hard law* sempre più morbida, è tracciata proprio dalla nuova categoria giuridica delle linee guida. Infatti, queste ultimi sono a tutti gli effetti fonti del diritto, poiché si presentano come atti più o meno generali ed astratti che, secondo la percezione comune, svolgono una funzione precettiva, secondo il più complesso significato del termine norma⁹⁶³, tale che la loro portata generale non può più essere messa in discussione. Infatti, esse sono sottoposte ad un sindacato giurisdizionale più o meno diretto o mediato attraverso la norma primaria, oltre che ad un giudizio di legittimità costituzionale che si giustifica in virtù del loro rapporto con la norma primaria.

Pertanto, dalla lettura delle singole linee guida poste all'attenzione, si è giunti a concludere per la qualificazione degli atti di diritto attenuato come atti *hard* sotto il profilo degli effetti, poiché vengono emanati da soggetti dotati di un potere normativo particolare, perché basato sul consenso e sulla persuasione. Ma al tempo stesso essi sono qualificabili anche come atti *soft*, che trovano accoglimento nell'ordinamento grazie al canone dell'effettività che ne rende possibile

⁹⁶¹ Secondo una parte della dottrina, CABIDDU M.A., CALDIROLA D., *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 16, va valorizzato anche il rapporto di competenza secondo cui è “*la volontà del Legislatore ad assegnare alle Autorità amministrative una sfera di competenza esclusiva nella tutela di determinati interessi*”. Sul punto NICCOLAI S., voce *Atti normativi*, Roma, in *Enc. Giur.*, 1997, 26 ed anche BUCALO, op.cit., 86.

⁹⁶² DEODATO C., *Le linee guida dell'Anac*, op.cit.

⁹⁶³ ROMANO S., *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche*, 1930 ora in *Scritti minori*, II, Milano, Giuffrè, 1990, 355-356 ove afferma che “*norma, nel senso prevalso, è soltanto un precetto più o meno generale ed astratto*”.

l'applicazione, tenuto conto della loro tendenza a sottrarsi a tutti i requisiti che l'ordinamento impone agli atti fonte, in primo luogo al rispetto del principio di legalità.

Conclusivamente si può dire che, nel corso di tutta la trattazione, si è potuto appurare che gli atti di diritto attenuato, nelle intenzioni non sono prescrittivi, ma di fatto lo sono, il che porta a concludere per la natura *hard* della *soft law interna*, la quale, pur lesiva del principio di legalità in senso sostanziale, come classicamente inteso, può trovare accoglimento nell'ordinamento a condizione di aumentare le garanzie di legalità da un punto di vista procedimentale e di salvaguardare uno standard minimo di rispetto della certezza del diritto.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2003

AA.VV., *Regione e governo locale fra decentramento istituzionale e riforme: esperienze e culture a confronto*, Firenze, Maggioli, 1997

AA.VV., et si omnes...scritti in onore di Francesco Mercadante (a cura di) Fulco Lanchester e Teresa Serra, Milano, Giuffrè, 2008

ADINOLFI A., Il principio di legalità nel diritto comunitario, in Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (a cura di) MERUSI F., in Dir. Pub., 2/2007

ALEXY V.R., Concetto e validità del diritto, Roma, Einaudi, 1997

ALGOSTINO A., La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico in www.costituzionalismo.it, fasc. 3/2016

ALLORIO E., La certezza del diritto dell'economia, in Il Dir. Dell'Econ., 3, 1956

ALPA G. (a cura di), La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017 n. 24, Pisa, Pacini Giuridica, 2017

ALPA G., La certezza del diritto nell'età dell'incertezza, Napoli, Jovene, 2006

AMATO G., Rapporti tra norme primarie e secondarie, Milano, Giuffrè, 1962

AMIRANTE C., I diritti umani fra legislazione e giurisdizione, in La protezione dei diritti fondamentali (a cura di) GAMBINO S., Milano, Giuffrè, 2004

AMOROSINO S., L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia (dalla trasparenza alla concorrenza), in Riv. Trim. appalti, 2/2010

ANDREIS M., Attuazione del diritto alla salute e modelli di sindacato, in La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo, Milano, Giuffrè, 2006

ANGELETTI A., Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale, Ed. Scientifiche italiane, 2011

ANGIOLINI V., Le autorità alla ricerca dell'indipendenza? In *Amministrare*, 1-2/2000

ANTONELLI G., Tutela multilivello dell'ambiente, risarcimento del danno e legittimazione ad agire in *Giustamm.*, 11/2016

APREA F., Sulla rilevanza delle "linee guida" ospedaliere nella valutazione della colpa medica, in *Giur. it.*, 2012

ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Laterza, Roma- Bari, 2005, VII

ARMSTRONG K.A., *The Character of EU law and governance: from community method to new modes of governance*, 2011

ARNAUD A.J., *O direito modernidade e globalizacao. Licoes de filosofia do direito e do estado*, Rio De Janeiro, 1999

ARNER D.W. TAYLOR M.W., The global financial crisis and the financial stability board: hardening the soft law of international financial regulation? In *Univ of New South Walles Law Journ.*, 2009

AUBY J.B., Prescription juridique et production juridique, *Revue de droit public*, 1988

AZOULAI L., Le principe de legalité, in AUBY J.B., DUTHEIL DE LA ROCHERE J., *Droit administratif europeenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007

BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967

BALDWIN R., HOUGHTON J., *Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules*, Public Law, 1986

BALDWIN R., *Rules and Governement*, Oxford, 1995

- BALLARINO T., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam 2001
- BARBERA A., "Nuovi diritti": attenzione ai confini, in CALIFANO L., (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004
- BARBERA A., *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Quad. riv. trim. dir. proc. civ., Milano, Giuffrè, 1997
- BARILE P., CHELI E., GRASSI S., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1972
- BARTOLE S., *Principi generali del diritto (dir. Cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986
- BARTOLE S., *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1971
- BASSI F. (1963), *Le norme interne*, Milano, Giuffrè, 1963
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001
- BATTINI S. (a cura di), *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2007
- BAXTER R. R., *International law in Her infinite variety*, *The international and comparative law Quarterly*, 1980
- BENTHAM J., *Of laws in general*, *The collected works of Jeremy Bentham*, edited by H.L.A. Hart, The Athlone press: University of London, London, 1970
- BERNARDI A., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2016

BERTI G., Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto, in Riv. Dir. Priv., 3/2003

BESSON S., TASIOULAS J. Introduction, in IDD. (eds.), The Philosophy of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2010

BICCHIERI, C., The grammar of society: the nature and dynamics of social norms, New York, Cambridge University Press, 2006

BIGNAMI F., Introduzione a F. Bignami-E. Zaring, Comparative Law and Regulation, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK-Northampton MA (US), 2016

BIGNAMI F., ZARING E., Comparative law and regulation, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK- Northampton MA (US), 2016

BIGNAMINI A., Evidence-based medicine e linee guida di pratica clinica: soluzione o parte del problema? In Medicina e morale, 2001

BILANCIA F., Considerazioni critiche sul concetto di legge europea in www.associazionedei costituzionalisti.it.

BIN R., A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”, Milano, Francoangeli, 2013

BIN R., Il sistema delle fonti, in Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia, Napoli, Jovene 2009

BIN R., Il sistema delle fonti. Un'introduzione, in <http://www.forumcostituzionale.it>

BIN R., Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto in Il diritto costituzionale come regola e limite al

potere, in Scritti in onore di Lorenza Carlassare (a cura di) BRUNELLI G., PUGGIOTTO A., VERONESI P., Napoli, Jovene 2009

BIN R., PITRUZZELLA G., Le fonti del diritto, Torino, Giappichelli, 2009

BIN R., Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale. Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V, in Scritti in memoria di Livio Paladin, Napoli Jovene, 2004

BIN R., Soft law, no law, in Somma A., (a cura di), Soft law e hard law nelle società post-moderne, Giappichelli, 2009

BIN R., La sovranità nazionale e la sua erosione, in PUGGIOTTO A., (a cura di) Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali, Napoli, Jovene, 2013

BINI M., Gli atti non previsti dal Trattato nel sistema delle fonti di diritto dell'Unione Europea, in Diritto&diritti, rivista giuridica on-line, 2003

BIONDI F., La sentenza del Tar per la Lombardia che ha annullato le linee guida regionali in tema di interruzione volontaria della gravidanza in forum costituzionale, 4 febbraio 2011

BIONDI F., Le zone d'ombra della giustizia costituzionale, i giudizi sulle leggi. Oggetto e parametro in (a cura di) BALDUZZI R. E COSTANZO P., Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi, Torino, Giappichelli, 2007

BIRKINSHAW P.J., 'Negotiating Brexit and Dissolving the Legal Union' in BIRKINSHAW P.J., BIONDI A., KENDRICK M., Brexit: the Legal Implications, Kluwer Law International 2018

BIRNIE W.P., BOYLE A., REDG-WELL A., International Law and the Environment 3, Oxford University Press, Oxford, 2009

BLUMANN C. E DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris 2013

BLUMSTEIN J.F., *Medical malpractice standard-setting: Developing malpractice "safe harbors" as a new role for QIOs?* *Vand. L.Rev.*, 1017, 2006

BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2014

BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994

BOBBIO N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992

BOBBIO N., *Due variazioni sul tema dell'imperativismo in Studio per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970

BOBBIO N., *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Riv. Int.fil.dir.*, 1960

BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?* In *Riv. Int. Fil. Dir.*, 2, 1951

BOBBIO N., *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, Giappichelli, 1942

BOBBIO N., *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, Giappichelli, 2010

BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950

BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960

BON VANSALSSINA M., *Considerazioni sulla sent. n. 14 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1964

BONA M., IADECOLA G., (a cura di) *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Milano, Giuffrè, 2009

BONACCHI G., (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, Il Mulino, 2001

BONAFÈ B., Adattamento del diritto interno al diritto internazionale, in CASSESE S., Dizionario di diritto pubblico, Milano, Giuffrè, 2006

BONANNO A.M., Protocolli, linee guida e colpa specifica in Indice penale, 2006

BONELL M.J., I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali, in BONELLI F., (a cura di), Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit, Milano, Giuffrè, 1997

BONELL M.J., La moderna lex mercatoria tra mito e realtà, in Dir. Comm. Intern., 1992

BORCHARDT G., WELLENS K., Soft law in European Community law, In European law review, 1989

BOY L., Normes techniques et normes juridiques, in Cahiers du Conseil constitutionnel, n. 21, gennaio 2007

BOYLE A., CHINKIN C., The making of international law, Oxford University Press, 2017

BRAC M., Codes de bonne conduite: quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur, in CALUDEL E.,-THUILLER B. (dir.), Le droit mou: une concurrence faite a la loi, Parigi, 2004, 18, <http://www.glose.org/CEDCACE3.pd>

BRECCIA U., Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto, in Pol. Dir., 3/2006.

BRETONE M., Storia del diritto romano, Roma-Bari, Laterza, 1987

BRUNETTI G., Norme e regole finali, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1973

BUCALO M.E., Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele, Torino, Giappichelli, 2018.

BUSCEMA L., La ricerca del difficile bilanciamento tra esigenze di difesa e sicurezza militare dello Stato e la tutela dell'integrità dell'ambiente e della salute della popolazione alla luce dei principi di precauzione e responsabilità, in *Giur. Cost.*, 2014

CABIDDU M.A., CALDIROLA D., L'attività normativa delle Autorità indipendenti in *Amministrare*, 1-2/2000

CAGGIANO G., L'integrazione dei migranti fra soft-law e atti legislativi: competenze dell'Unione Europea e politiche nazionali in CAGGIANO G., (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano* Torino, Giappichelli, 2014

CALAMANDREI P., La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, Jovene, 1965

CALAMANDREI P., La funzione della giurisprudenza nel tempo presente, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, Jovene, 1965

CAMMEO F., A proposito di circolari e istruzioni in *Giur.it.*, 1920, III

CAMMEO F., Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura di Orlando V.E., vol. III, Milano, Giuffrè, 1901

CAMPANA T., La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle linee guida e responsabilità penale del medico in *Cass. Pen.*, 2012

CANNIZZARO E., Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell'Unione europea, in *Dir. Un. Eur.*, 4-2005,

CANNIZZARO E., La riforma federalista della Costituzione e gli obblighi internazionali, in *Riv. dir. int.*, 2001

CANNIZZARO E., REBASTI E., Soft law in the EU legal order

CANTARELLA E., Tra diritto e prediritto, in DHA, 1987

CAPRIGLIONE F., TROISI A., L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi, Torino Utet Giuridica, 2014

CAPORALE M., Dalle smart cities alla cittadinanza digitale, www.federalismi.it, 2/2020

CAPUTO M., “Filo d’Arianna” o “Flauto magico”? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 2012

CARAVALE G., Il Brexit Bill all’esame della Camera dei Lords In Nomos-le attualità del diritto, 1-2018

CARAVALE G., La faglia delle Brexit, in www.nomos-leattualitàneldiritto.it, 2-2016

CARAVALE G., Scozia e Irlanda del Nord: la devolution dopo la Brexit, 9 agosto 2017 su www.federalismi.it, 2017

CARAVITA B., Brexit: keep calm and apply the European Constitution, in Federalismi.it, 13/2016

CARCATERRA G., Norme costitutive ora in U. Scarpelli e P. Di Lucia (a cura di), 1994

CARETTI P., Il sistema delle Conferenze e i suoi riflessi sulla forma di governo nazionale e regionale, in *Le Regioni*, 2000

CARETTI P., Introduzione in ID. (a cura di), Osservatorio sulle fonti, 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti, Torino, Giappichelli, 2005

CARETTI P., La crisi della legge parlamentare, Osservatorio sulle fonti- Speciale Tavola Rotonda, fasc. 1/2010

CARETTI P., La legge parlamentare nel sistema delle fonti: trasformazioni in atto e problemi di prospettiva, in *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011

CARLASSARE L., *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974.

CARLASSARE L., Fonti del diritto, rottura delle regole, indebolimento della democrazia, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 10, Torino, Giappichelli, 2000

CARLASSARE L., Legalità (principio di), in “Enciclopedia giuridica”, XVIII, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990

CARLASSARE L., *Regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966

CARLASSARE L., VERONESI P., Regolamento (dir. cost.) in *Enc. Dir. Aggiornamento*, V, Milano, Giuffrè, 2001

CARLASSARE L., Voce fonti del diritto (dir. cost.) in *Enc. Dir., Annali II-2*, 2008

CARNELUTTI F., *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943

CARNELUTTI F., *La crisi della legge*, in *Riv. Dir. Pubbl.* 1930

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1951

CARPANI G., FARES G., (a cura di), *Guida alle nuove norme sulla responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Torino, Giappichelli, 2017

CARRE DE MALERG R., *La loi expression de la volonte generale*. Paris: Sirey, 1931

CARRELL S., *Scottish independence: Nicola Sturgeon fires starting gun on referendum*, www.theguardian.com, 2017

CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995

CASSESE A.S., WEILER J., *Change and stability in international law making*, European University Institute, 1988

CASSESE S., *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista di Diritto pubblico*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1995

CASSESE S., *Il diritto amministrativo e i suoi principi in Istituzioni di diritto amministrativo 2*, (a cura di) CASSESE S., Milano, Giuffrè, 2006

CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002

CASSESE S., *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. Dir. Amn.*, 2014

CASSESE S., *Le Autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni in I garanti delle regole* (a cura di) CASSESE S., FRANCHINI C., Bologna, Il Mulino, 1996

CASSESE S., *Le basi costituzionali in Trattato di diritto amministrativo* (a cura di) CASSESE S., *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, Giuffrè, 2003

CASSESE S., *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010

CASSESE S., *Regolazione e concorrenza*, in TESAURO G., D'ALBERTI M., *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000

CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003

CASTELLANETA M., L'individuo e la protezione dell'ambiente nel diritto internazionale, in Riv. dir. internaz., 2000

CASTORINA E., Scienza, tecnica e diritto costituzionale, in Rivista AIC, 4/2015

CASTRONUOVO D., RAMPONI L., Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario, in Trattato di Biodiritto, vol. IV, Belverdere A., Riondato S. (a cura di), Le responsabilità in medicina, Milano, Giuffrè, 2011

CATALANO M., Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai Trattati istitutivi della Comunità europea, in Foro it., 1964

CATALDI G., voce Ambiente (tutela dell') Diritto della Comunità europea, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 2001

CATANIA A., (a cura di), Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto, Milano, Giuffrè, 2005

CATANIA A., diritto positivo ed effettività, Napoli, Editoriale Scientifiche Italiane, 2009

CATANIA A., Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'era globale, Roma-Bari, Laterza, 2008

CATANIA A., Teoria e filosofia del diritto. Temi problemi figure, Torino, Giappichelli, 2006

CATELANI E., Aspetti ed attualità delle circolari, delle circolari normative della pubblica amministrazione in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1993

CATELANI E., le circolari della pubblica amministrazione, Milano, Giuffrè, 1984

CATELANI E., MILAZZO P., La tutela della salute nella nuova legge sulla responsabilità medica. Profili di diritto costituzionale e pubblico, Istituzioni del federalismo, 2/2017

CAVALIERI P., Diritto regionale, Padova, Cedam, 2003

CAVALIERI P., L'evoluzione dello Stato regionale in Italia: lezioni di diritto regionale, Cedam, Padova, 1997

CAVALLO B., Profili amministrativi delle tutele dell'ambiente: il bene ambientale tra tutela del paesaggio e gestione del territorio, in Riv. trim. dir. pubbl., 1990

CAVINATO F., Soft law e topografia giuridica, 16 febbraio 2018 in filodiritto.it, 2018

CAZZATO C. E., Le linee guida sulla quantificazione delle sanzioni antitrust. Introduzione al calcolo delle ammende imposte dall'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, Torino, Giappichelli, 2018

CECCHETTI M. E BUFFONI L., Le fonti nazionali, in S. RODOTÀ E M. TALLACCHINI (a cura di), Trattato di Biodiritto – Ambito e fonti del biodiritto, Giuffrè, Milano, 2010

CELOTTO A., CONTE E., La legge dalle origini alla crisi, Revista Brasileira de Dereito Constitucional-RBDC n.10- jul. - dez., 2007

CELOTTO A., Fonti del diritto e antinomie, Torino, Giappichelli, 2011

CERULLI IRELLI V., Audizione innanzi alla Prima Commissione della Camera dei Deputati, sed. Antimeridiana 12 maggio 1999

CERULLI IRELLI V., I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti, in www.astrid-online, 2009

CERULLI IRELLI V., Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità in *Dir. Proc. Amm.*, 1984

CESARINI SFORZA W., La crisi delle fonti, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1, 1936

CESARINI SFORZA W., Ex facto oritur, in *Riv. Int.fil. dir.*, 1931

CHELI E., Potere regolamentare e struttura costituzionale, Milano, Giuffrè, 1967

CHEVALLIER J., La mondialisation de l'état de droit, in *Mélanges Philippe Ardant*, Paris, 1999

CHEVALLIER J., Vers un droit postmoderne, in CLAM-G MARTIN J. (dir.), *Les transformations de la regulation juridique*, LGDJ, 1998 e *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003

CHINKIN C.M., *The Challenge of soft law: development and change in International law*, 1989

CHITI M.P., Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016 fasc. 4

CHRISTIANSEN T., DOBBELS M., Non legislative Rulemaking after the Lisbon Treaty: implementing the new system of Comitology and delegated acts, in *European Law Journal* vol. 19 n.1 gennaio 2013

CINI M., The soft law approach: Commission rulemaking in the EU's State Aid regime, *Journal of European Public Policy* 2, 2001

CINTIOLI F., Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. n.2/2017

CINTIOLI F., Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida ANAC, Relazione al convegno L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia tenutosi a Lecce 28 e 29 ottobre 2016 in www.italiappalti.it, 2016

CLARICH M. in Manuale di diritto amministrativo, III ed. Il mulino, 2017

CLARICH M., Autorità amministrative indipendenti (aggiornamento), in Digesto pubbl., Torino, Giappichelli, 2008

CLARICH M., Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, Bologna, Il Mulino, 2005

CLARICH M., I procedimenti di regolazione in AAVV, il procedimento davanti alle Autorità indipendenti, Torino, Giappichelli, 1999

CLARICH M., La funzione di regolazione e le fonti del diritto, Manuale di diritto amministrativo. Bologna, Il Mulino, 2013

CLERICO, G. Interazione umana, scelte comportamentali e cooperazione. Il ruolo della legge e delle norme sociali, in *Economia pubblica*, 2005, Fasc. 35, n. 6

CONDORELLI L., voce Consuetudine internazionale, Dizionario di diritto pubblico (a cura di) Cassese S., Milano, Giuffrè, 2004

CONSEIL D'ÉTAT, Le droit souple, Collana Le rapports de le Conseil d'État, Rapport 2013, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Droit-souple>, 2013

CONTE A.G., Performativo vs. normativo, in U. Scarpelli e P. Di Lucia (a cura di), 1994

CONTESSA C., Dalla legge delega al nuovo “codice”: opportunità e profili di criticità, in CONTESSA C., CROCCO D., Il nuovo codice degli appalti commentato, Dei, 2016

CONTI G.L., Protocolli terapeutici, linee guida in ambito sanitario e loro giustiziabilità, in BONETTI P., CARDONE A., CASSATELLA A., CORTESE F., DEFFENU A., GUAZZAROTTI A. (a cura di), Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali, Aracne, 2015

CORDINI G., FOIS P., MARCHISIO S., Diritto ambientale, Torino, Giappichelli, 2017

CORSALE M., Certezza del diritto, Milano, Giuffrè, 1979

COSTANZO P., Hard law e soft law: il senso di una distinzione, in COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A., Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea, Torino, Giappichelli, 2006

COZZOLINO G., Natura giuridica delle linee guida per l’autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e “ispessimento” del parametro del giudizio di costituzionalità (Note a margine della sentenza n. 11 del 2014 della corte costituzionale), 2004, in www.amministrazioneincammino.it, 2014

CRISAFULLI V., Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti, in Riv. trim. dir. pubbl. 1960

CRISAFULLI V., Atto normativo, in Enc. Dir. IV, Milano, Giuffrè, 1959

CRISAFULLI V., Fonti del diritto (diritto costituzionale) in Enc. Dir., vol. XVII, 1968

CRISAFULLI V., Lezioni di diritto costituzionale, II, 1, Vi ed. aggiornata da F. Crisafulli, Padova, Cedam, 1984

- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1984
- CURTI GIALDINO C., *Le trattative tra Regno Unito e L'Unione europea per la Brexit alla luce dei primi due cicli negoziali*, 9 agosto 2017 in www.federalismi.it, 2017
- CURTI GIALDINO C., *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 13/2016
- D'ALBERGO S., *Direttiva* (voce), in *Enc. Giur. XII*, Milano, Giuffrè, 1964
- D'ALFONSO G., *Verso una maggiore responsabilizzazione dell'hosting provider tra interpretazione evolutiva della disciplina vigente, innovazioni legislative e prospettive de jure condendo*, www.federalismi.it, 1/2020
- D'AMICO M., *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista Aic*, 4/2018
- D'AMICO M., *I diritti contesi*, Milano, Giuffrè 2008
- D'AMICO M., *Legalità (dir. cost.)* in *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di CASSESE S., Milano, Giuffrè, 2006
- D'ASPREMONT J., *Softness in international law: a self serving quest for new legal materials*, *European journal of international law*, 1993
- D'ATENA A., *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Dir. Un. Europ.*, 4/2001
- D'ATENA E., *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Rass. Parl.*, 2002
- D'ATENA M., *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore*, in *Giur. Cost.*, 2002.
- DE BURCA G., *The Constitutional Challenge of new Governance in the European Union*, *European Law review*, 2003

DE LUCA P., Gli atti atipici nel diritto dell'Unione europea, Torino, Giappichelli, 2012

DE MARIA R., Sostenibilità e riforma del Sistema Sanitario Nazionale, tra modelli etici e scarsità di risorse in Rivista trim. di Scienza dell'Amministrazione n. 4/2013

DE MINICO G., La soft law: Nostalgie ed anticipazioni, in Le nuove istituzioni europee, Commento al Trattato di Lisbona, Bologna, Il Mulino, 2008

DE NICTOLIS R., Il nuovo codice dei contratti pubblici, in Urb. e app., n. 5/2016

DE SIERVO U., Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo dell'esperienza comunitaria, in CARRETTI P. (a cura di), Osservatorio sulle fonti, 1/2012

DE TOCQUEVILLE A., La democrazia in America, libro III, parte IV, cap. VII

DE TURA A., La rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico-terapeutici, in R. BALDUZZI (a cura di), La responsabilità professionale in ambito sanitario, Bologna, Il Mulino, 2010

DELBRUCK J., New Trends in International Lawmaking, 1997

DELL'ANNO P., PICOZZA E. Trattato di diritto dell'ambiente (a cura di) Padova, Cedam, 2012

DELLA CANANEA G., Gli atti amministrativi generali, Padova, Cedam, 2000

DELLE FOGLIE N., Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle nuove linee guida Anac in materia di contratti pubblici in www.giustamm.it 6/2016

DELMAS-MARTY M., Trois défis pour un droit mondial, Paris, Seuil, 1998

DEODATO C., Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016

DEODATO C., Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'Anac in *federalismi.it*, n.2/2017

DI COSIMO G., I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale, Milano, Giuffrè, 2005

DI COSIMO G., Sul ricorso alle linee guida da parte del Garante per la privacy, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1/2016

DI LANDRO A., Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice, Milano, Giuffrè, 2012

DI LANDRO R., Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario, Torino, Giappichelli, 2012

DI MAJO A., Norme costituzionali e gerarchia delle fonti del diritto in *Studi in onore di E. Eula*, I, Milano, Giuffrè, 1957

DI PASCALE A., Gli atti atipici nel sistema delle fonti dell'Unione Europea, Milano, Giuffrè, 2017

DI ROBILANT A., Genealogies of soft law, in *54 am j. Comp., law*, 2006.

DI STASI A., le soft international organizations: una sfida per le nostre categorie giuridiche, *LCI*, 2014

DI STEFANO M., Ambito e fonti del biodiritto (a cura di) RODOTÀ S. E TALLACCHINI M., Milano, Giuffrè, 2010

DI STEFANO M., Origini e funzioni del "soft law" in diritto internazionale, in *lavoro e diritto*, fasc. 1 inverno 2003

DOGLIANI M., (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012

DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. Pubbl.*, 2008

DOGLIANI M., *Validità e normatività delle Costituzioni*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2004

DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturelle*, I, Paris, 1723,

DOMBALAGAM O.H., *Self and self-regulation: resolving the SRO identity crisis*, in *1 brook, J. Corp. Fin. E com. L.*, 2007

DOMENICHELLI V., *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?* In *Diritto processuale amministrativo*, XXII, n.1, 2004

DOMINICI R. E GUIDI B., *Linee guida e colpa medica: spunti di riflessione*, in *Danno e responsabilità*, 2014

DOMINO X., BRETONNEAU A., *Miscellanees contentieuses: Chronique generale de jurisprudences administrative francaise*, in *AJDA*, 2012

DONNARUMA M., *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*”, Padova, Cedam, 1988

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004

DUBOIS MALJEAN S., *Biodiversité biotechnologies, biosecurité: le droit international desarticulé*, in *JDI*, 2000

DUMMEN C, CULLET D., Droit international de l'environnement, Textes de base et références, Kluwer, London, 1998

DUPUY J.R., Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage a la soft law, in L'elaboration du droit international public, Colloque de Toulouse, Societè Francaise de Droit International, Pedone, Paris, 1975

DUPUY J.R., raccolta del dibattito della Hague Academy sul The Protection of the Environment and International Law, Sijthoff, Leiden, 1975

DUPUY J.R., Relazione presentata ai "Colloque de Toulouse", con titolo Droit dèclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage a la soft law, Societè Francaise de Droit International con l'elaboration du droit international public, 1975

DUPUY M.P., VIÑUALES A.J., International Environmental Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2015

DUPUY P.M., Soft law and the international law of environment, in Michigan Journal of International law, Vol. 12, Issue, 2, 1991

DURANTE N., La non idoneità delle aree e dei siti all'installazione di impianti di produzione di energia alternativa, in Riv. giur. edilizia, 2011

EISEMANN P.M., Le Gentlemen's agreement comme source du droit international, 106 JDI, 1979

EISERMAN, La justice consitutionelle et la haute cour constitutionelle d'Autriche Paris, 1928

ELIANTONIO M., OANA S., Soft law befor the European Courts: discovering a common pattern?, in Yearbook of European law, Vol. 37, n.1, 2018

ELIAS O., LIM C., General Principles of law, Soft law and the identification of international law, Netherlands Yearbook of international law, 1997

ESPOSITO C., Consuetudine (diritto costituzionale), in Enc. dir., IX, Milano, Giuffrè, 1961

ESPOSITO C., La Consuetudine costituzionale, 1962 ora in Diritto costituzionale vivente, Milano, Giuffrè, 1992

FARES G., Le linee guida nel sistema delle fonti: efficacia giuridica e centralità della procedura di accreditamenti, in CARPANI G., FARES G., (a cura di), Guida alle nuove norme sulla responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24, 2017 Torino, Giappichelli, 2017.

FASTENRATH U., Relative Normativity in International Law, in European Journal of International Law, 3, 1, 1992

FEDERSPIL G., SCANDELLARI C., Le linee guida nella pratica clinica: significato e limiti, in Professione Sanità Pubblica e medicina pratica, 1996

FERRAIUOLO G., PRAINO D., Un nuovo referendum in Scozia tra hard Brexit e nodi della integrazione europea in Osservatorio AIC, 26 marzo 2017

FERRAJOLI L., Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, vol. II, Teoria della democrazia, Roma-Bari, 2007

FERRARESE A.M., Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi del mondo globale, Roma-Bari, Laterza, 2006.

FERRARESE A.M., La governance tra politica e diritto, Bologna, Il Mulino, 2010

FERRARESE M.R., Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni. Bologna, Il Mulino, 2002

FERRARESE M.R., La globalizzazione del diritto: dalla “teologia politica” al “diritto utile” in VOGLIOTTI M., (a cura di) Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare, Torino, Giappichelli, 2008

FERRARESE M.R., Mercati e globalizzazione. Gli incerti cammini del diritto in Pol. Dir., 2005

FERRARESE M.R., Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario, Bologna, Il Mulino, 2016

FERRARESE M.R., Soft law: funzioni e definizioni. In (a cura di Alessandro Somma), soft law e hard law nelle società post-moderne, Torino, Giappichelli, 2009

FERRARESE R.M., La governance tra politica e diritto, Bologna, Il Mulino, 2010

FERRARO F., Le fonti del diritto dell'Unione Europea, in Riv.dir. pubbl. comp. Eur., 2008

FEUER G., in Les différentes catégories de pays en développement. Genèse, Evolution, Statut, JDI, 1982

FILOMUSI- GUELFY F., Enciclopedia giuridica, 7 ed., Gale, Making of Modern Law, Napoli, 1917

FISCHELLA D., Tecnorazia in Il dizionario di politica, (a cura di) BOBBIO N., MATTEUCCI N., PASQUINO G. Giappichelli, Torino, 2004

FITZMAURICE M., International protection of the environment, recueil des Cours, The Hague Academy of international law, Leiden-Boston, 2001

FLORIDIA G.G., Fonti regionali e sistema delle fonti, in La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo, a cura di G.F. FERRARI E G. PARODI, Padova, Cedam, 2003

FOÀ S., I regolamenti delle Autorità Amministrative indipendenti, Torino, Giappichelli, 2002

FODEL A., LA, A., PINESCHI A., (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2009

FOIS P., (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007

FOIS P., *Legalità (principio di)* in *Enc. Del diritto*, XXIII, 1975.

FRACCHIA F., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010

FRANCO A., *I problemi della coerenza e della completezza dell'ordinamento in*
MODUGNO F., *Appunti per una teoria generale del diritto, la teoria del diritto oggettivo*, Torino, Giappichelli, 1989

FRANZONI M., *Colpa e linee guida, in danno e responsabilità*, 8-9/2016

FROSINI J.O., *L'indipendenza della Scozia: l'uscita da due unioni?* in *Quad. cost.*, n. 2, 2013

GABRIELE F., NICO M., *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, Cacucci, 2005

GAI, *Inst.*, I, 1-7; *Iustiniani Inst.*, II, 1-12.

GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005

GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2001

GANZ G., *Quasi-legislation: recent developments in secondary legislation*, London Sweet & Maxwell, 1987

GARZONE G., *Espressione della performatività nel testo giuridico: italiano e inglese a confronto*, in *Transiti letterari e culturali. Volume II*, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 1999

GAVAZZI G., Sanzione, I) Teoria generale, voce in Enc. Giur., vol. XXVIII, Roma, 1992

GAVAZZI G., voce effettività, Roma, Enc. Giur. Treccani, XII, 1989

GENINATTI SATÈ L., I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità in Dir. Pubbl., 2005

GENINATTI SATE' L., Introduzione a una teoria realista della legislazione, Giappichelli, Torino, 2011

GEORGIEVA Z., Soft law in EU competition Law and its judicial reception in Member States: a Theoretical Perspective in Germ. Law Journal, 2015

GHELARDUCCI M., Suggestioni e contributi dell'ordinamento internazionale alla nascita ed alla elaborazione della categoria delle "norme tecniche", in Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale, fasc. 151-152, 2006

GHEZZI F., PINI G. D., Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela in riv. Soc., 2015

GIANELLO S., Il caso "Miller" davanti alla UK Supreme Court: i principi del costituzionalismo britannico alla prova della Brexit in Osservatorio AIC, 24 aprile 2017

GIANFORMAGGIO L., Certezza del diritto, in Dig. Disc. Privat, Sez civ., Torino, Utet, 1988

GIANFORMAGGIO L., Filosofia e critica del diritto, Torino, Giappichelli, 1995

GIANNELLI V., Linee guida Anac e fuga dall'Esecutivo, in forum dei quaderni costituzionali, 10 settembre 2018

GIANNINI M.S., Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in Riv. trim. dir. Pubbl, 1973

GIANNINI M.S., Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1974

GIANNINI M.S., Lezioni di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 1950

GIANNINI M.S., Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali, 1953, III

GIANNINI M.S., Regolamento (in generale), in Enc. Dir. in Foro it., 1950, I

GIANNINI M.S., Saggio sui concetti di autonomia, in Studi di diritto costituzione in memoria di L. Rossi, Milano, Giuffrè, 1952

GIANNINI M.S., voce Circolare, in Enc. Dir., VII, Milano, Giuffrè, 1960

GIANNINI S.M., Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali, in Foro it., III, 1953

GIARO T., Dal Soft law moderno al soft law antico, in SOMMA A., (a cura di), Soft law e hard law nelle società post-moderne, Torino, Giappichelli, 2009

GIARO T., Geltung und Fortgeltung, ZRG, 1994

GIARO T., Römische Rechtswahrheiten, Frankfurt M., 2007

GIGANTE M., Alcune osservazioni sull'evoluzione del concetto di tecnica nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in Giur. Cost., 1997

GIGANTE M., Norma tecnica, in Dizionario Dir. Pubbl., (diretto da) S. Cassese, Milano, Vol. IV, 2006

GIUFFRÈ A.G., Le nuove dimensioni del regolamento, le linee guida ANAC, 2017
in www.federalismi.it;

GIUFFRÈ F., Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità nazionale anticorruzione in NICOTRA I., (a cura di), L'autorità nazionale anticorruzione, tra prevenzione ed attività regolatoria, Giappichelli, Torino, 2016

GIUFFRÈ A.G., Le nuove dimensioni del regolamento, le linee guida ANAC, in www.federalismi.it, 2017

GIUNTA F., Il reato colposo nel sistema delle fonti, Giust. Pen., 2012

GIUNTA F., Medico (responsabilità penale del medico), in Diritto penale, (a cura di) GIUNTA F., Dizionari Sistematici, Milano, Giuffrè, 2008

GIUNTA F., Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici, in Diritto pubblico, 2/2002

GOLDSCHMIDT J., Problemi generali del diritto, Padova, Cedam, 1950

GOMETZ G., Le regole tecniche. Una guida refutabile, Pisa, ETS, 2008

GRASSI S. E CECCHETTI M. (a cura di), Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche, Milano, Giuffrè, 2006

GRECO G., Consistenza, articolazione ed ambiguità della regolazione, in Studi Parlamentari e di politica costituzionale, 2004

GRECO N., Le norme tecniche ambientali: una sonda per il nuovo diritto, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, 2006

GROSSI P., Mitologie giuridiche della modernità, Milano, Giuffrè, 2017

GROSSI P., Prima lezione di diritto, Roma- Bari, Laterza, 2006

GROSSI P., Ritorno al diritto, Roma- Bari, Laterza, 2015

GROSSI P., Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto, Milano, Giuffrè, 2006

GROSSI P., Sulla odierna incertezza del diritto, in Giust. Civ., 4, 2014

GROSSO E., Autorità indipendente o autorità onnipotente? Il potere di fatto del Garante per la protezione dei dati personali ed il principio di legalità in La legge italiana sulla privacy: un bilancio dei primi cinque anni (a cura di) LOSANO, Roma-Bari, Laterza, 2001

GROSSO E., Riconoscimento di poteri normativi “di fatto” alle Autorità Amministrative Indipendenti in DOGLIANI M., Il libro delle leggi strappazzato e la sua manutenzione, Torino, Giappichelli, 2012

GROSSO G., Patologia della legge, in Jus, 1960

GUASTAFERRO B., Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali”, Torino, Giappichelli, 2013

GUASTINI R., Le fonti del diritto. Fondamenti teorici, Milano, Giuffrè, 2010

GUASTINI R., Legalità (principio di), in Dig. Disc. Pubbl, IX, Milano, Utet, 1994

GUASTINI R., Teoria e dogmatica delle fonti, Milano, Giuffrè, 1998.

HALL M.A., The defensive Effect of medical practice policies in malpractice litigation, 54 law & contemp. Probs., 1991

HARKE J.D., Das Sanktionensystem des Codex Hammurapi, Würzburg, 2007.

HARROP STUART R., PRINCHARD J., A hard instrument goes soft: the implication of the convention on Biological Diversity’s current trajectory. Global Environmental Change, 2001

HESS C., OSTROM E., *Private and Common Property Rights*, 2007

HILLGENBERG H., *A Fresh Look at Soft Law in EJIL* ,Vol. 10 No. 3, 1999

HOHMAN H. (a cura di), *Basic Documents of International Environmental Law*, 3 vol., Graham & Trotman, London, 1995

HUME D., *A treatise of human nature*, Book, III, part, II, chapter Vi e sempre Hume, *Political writings*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1994

INGENITO C. *Alcune osservazioni sulla Brexit da parte di una società di gestione del risparmio pubblicato il 21 giugno 2017 in Osservatorio Brexit su www.federalismi.it*, 2017

IRTI N., *Norme e fatti, Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1984

IRTI N., *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009

ITALIA V., *Il disordine delle leggi e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 2010

ITALIA V., *Le linee guida e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016

JACOBS F.G., *Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court?* In CURTIN D., O' KEEFE D., (a cura di), *Constitutional Adjudication in European Community and National law. Essays for the Hon. Mr. Justice*, London, 1992

JAHID M. *in Role of soft law in environmental protection: an overview in Global Journal of politics and law research*, 2016

JANS H.J., *European Environmental Law*, Groningen, 2000

JANSSON M.A., OSTROM E., *Working together. Collective Action, the Commons, and Multiple Methods in Practice*, 2010

JASANOFF S., *La scienza davanti ai giudici*, Milano, Giuffrè, 2001

JEMOLO A.C., *Il nostro tempo e il diritto*, in Arch. giur. F. Serafini, 1932

KANTOROWICZ H.U., *The definition of law*, Cambridge, 1958

KAUL I. GRUNBERG I., STERN M., *Global Public Goods: international Cooperation in the 21St Century*. Oxford University Press, Oxford, 1999

KELSEN H., *Grundriss einer allg. Theorie des Staates*, Vienna, 1926.

KELSEN H., *La garantie jurisdictionelle de la Constitution*, in Rev. Dir. public, 1928

KELSEN H., *lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1933

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello stato*, 1945, Etas Milano, Giuffrè, 1994

KENDRICK M., SANGIUOLO G., *Alea Iacta Est. Bye bye Brexit Bill, welcome European Union (Withdrawal) Act 2018*, 4 luglio 2018, in Osservatorio Brexit, www.federalismi.it, 2018

KENNER J., *Il capitolo sull'occupazione del Trattato di Amsterdam e le politiche della terza via: quali prospettive per la soft law?* In dir delle rel. Industriali, 1999

KINSBURY B., KRISH N., STEWART R., *The emergence of global administrative law, Law e contemporary problems*, 2005

KIRTON J.J., TREBILCOCK M.J., *Introduction: Hard Choices and Soft law, Voluntary standards in global trade, environmental and social governance*, Aldershot, 2004

KISS A.C., SHELTON D., *Guide to International Environmental Law*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2007

KLABBERS J., *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 1996

KLABBERS J., *The redundancy of Soft Law*, in *Nordic Journal of International Law*, 1996.

KLABBERS J., *The undesiderability of soft law* in *Nordic Journal of international law*, 1998

KRAMER L., *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2002

KRATOCHWIL F.V., *Rules, norms and decisions*, Cambridge, 1989

LA MONACA G., SARTEA C., *Il diritto costituzionale alla salute tra norme giuridiche e pratica clinica. La giurisprudenza costituzionale recente: nuove forme di valorizzazione della prassi e della deontologia mediche in Il diritto della famiglia e delle persone*, 2001

LA SPINA A., MAJONE G., *Lo stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000

LACHS J., *The Threshold in Law-Making*, in *Volkerrecht als Rechtsordnung, in Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, 1983

LALLI A., MORESCHINI A., RICCI M., *L'Anac e la disciplina dei conflitti di interessi*, Esi, Working Paper 3, 2019

LAMARQUE E., *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano, 2010, disponibile online all'indirizzo www.cortecostituzionale.it;

LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1970

LAVERGNE B., Recherche sur la soft law en droit public français, Toulouse, 2012

LENSCHOW A., New regulatory approaches in “greening” EU Policies, European Law Journal, 2002

LIPARI N., La formazione negoziale del diritto, in Riv. dir. Civ. 1987

LOMBARDI L., Saggio sul diritto giurisprudenziale, Milano, Guffrè, 1967

LOMOTAN E.A., MICHEL G., LIN Z., SHIFFMAN R.N., How should we write guideline recommendations? Interpretation of deontic terminology in clinical practice guidelines: survey of the health services community. Qual Saf Health Care. 2010

LONGO E., La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione. Torino, Giappichelli, 2017

LOPEZ DE ONATE F., La certezza del diritto, Milano, Giuffrè, 1968

LOPEZ DE ONATE, La certezza del diritto, Tip. Consorzio Nazionale, Roma, 1942

LORD MACNAIR A., The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements in British Yearbook of International Law, 1930

LOSANO G., Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali, in Riv. Internaz. Fil. Dir., 2005

LOWE V., Sustainable Development and Unsustainable Arguments, in BOYLE A., FREESTONE D., (a cura di), International Law and Sustainable Development: past achievements and future challenges, Oxford, 1999

LUCIANI M., Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea, in *Annuario 2005, l'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Atti del XX Convegno Annuale Catania, 14-15 ottobre 2005

LUCIANI M., Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale, in "Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti", 15 Aprile 2016

LUCIFREDI R., Inflazione legislativa o caos nella legislazione, in *Civitas*, 2, 1951

LUHMANN N., *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin 1965, trad. it. [a cura di G. Palombella – L. Pannarale] *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, Laterza, 2002

LUPO E., La nuova disciplina della pubblicazione degli atti normativi statali, in *Giur. cost.* n. 6, pt. 1, 1987

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

LUZZATI G., *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2005

LUZZATTO R., Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117 in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008

LUZZATTO R., Il diritto internazionale generale e le sue fonti, In CARBONE S.M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006

MACCORMICK N., *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003

MANES V., *Il giudice nel labirinto*, Dike, 2012

MANES V., *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate tra riserva politica e specificazione tecnica*, in *Riv. Ita diritto e procedura penale*, 2010

MANETTI M., *Autorità indipendenti (dir. Cost.)* in *Enc. Giur.*, IV, Milano, Giuffrè, 1997

MANETTI M., *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee guida Anac*, in *Dir. Cost.*, *Rivista quadrimestrale*, 1/2019

MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994

MANFRELLOTTI R., *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2004

MANGIA A., *Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in VIOLINI L. (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, Giuffrè, 2011

MANGIAMELI S., *Ordinamento giuridico*, in *AAVV, Diritto Costituzionale*, a cura dello stesso M., Milano, Giuffrè, 2008

MARCENO' V., *Quando il formalismo giuridico tradisce sè stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Giur. Cost.*, 2011

MARCHIANÒ G., *La funzione regolamentare Parte I. I regolamenti governativi*, Padova, Cedam, 1988

MARI N., *Linee guida ANAC: la soft law e la gerarchia delle fonti*, in www.italiappalti.it, 2017

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2012

MARONE F., Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2017

MARTINES T., *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2002;

MARTINICO G., Dalla nozione alle tipologie: appunti sul diritto delle fonti nell'ordinamento dell'Unione europea, in *Nuove Auton.* 2010

MARZONA, N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti, I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996

MASIERI C.M., *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla legge Gelli-Bianco*, Milano, Giuffrè, 2019

MASSA M., I regolamenti ministeriali, 27 novembre 2017, www.federalismi.it, 2017

MASSA M., *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, Jovene, 2011

MATTARELLA B., I codici di comportamento, in *Riv. giur. Lav. prev. Soc.*, 1996

MATTEI U., *The European Codification process*, the Hague, 2003

MATTERA A., *Il mercato unico europeo*, Torino, 1898

MAZZAMUTO M., L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo, in *Le fonti del diritto amministrativo*, Convegno AIPDA 2015

MAZZAMUTO M., L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo, in *dir. Amm.*, 2015

MAZZIOTTI DI CELSO M., Appunti sulla sentenza della Corte costituzionale riguardante la legge istitutiva dell'ENEL, in *Giur. Cost.*, 1964

MAZZIOTTI DI CELSO M., voce norma giuridica, Enc. Del diritto, XXI, Roma, 1990

MCCORKINDALE C., Echo Chamber: the 2015 General Election at Holyrood – a Word on Sewel, in UK Const. L. Blog, 13 May 2015 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2015/05/13/chris-mccorkindale-echo-chamber-the-2015-general-election-at-holyrood-a-word-on-sewel/>, 2015

MELCHIOR M., Le communication de la Commission. Contribution a l'etude des actes communitaires non revus par les traites in MELANGES FERNAND DEHOUSSE, II, la construction europeenne, Bruxelles, 1979

MENEGHELLI R., Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica, Padova, Cedam, 1975

MENGONI L., MODUGNO F., RIMOLI F., Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici, Torino, Giappichelli, 2017

MENGOZZI P., La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale, Riv. dir. Europeo, 1992

MERKL A., Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto, il duplice volto del diritto, Milano, Giuffrè, 1987

MERUSI F., Democrazia e Autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo, Bologna, Il Mulino, 2000

MICHALSKA A., Il carattere giuridico delle norme tecniche, in Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1969

MICELI V. Le fonti del diritto da un punto di vista psichico-sociale, Palermo, A. Reber, 1905

MILAZZO P., Diritto alla salute e sperimentazione medico-farmacologica, fra norme tecniche, standard internazionali e valutazione etico-amministrativa, in BONETTI P., CARDONE A., CASSATELLA A., CORTESE F., DEFFENU A. (a cura di), Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali, Napoli, Jovene, 2014

MODUGNO F. e NOCILLA D., Crisi della legge e sistema delle fonti, in *Dir. soc.*, 1989

MODUGNO F. Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione, in *Studi in onore di M. Mazziotti Di Celso*, II, Cedam, Padova, 1995

MODUGNO F., Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto, Giappichelli, Torino, 1999

MODUGNO F., Appunti per una teoria generale del diritto, Giappichelli, Torino, 1988

MODUGNO F., CELOTTO A., RUOTOLO M., Considerazioni sulla “crisi” della legge, in *Studi parl. e pol. cost.*, nn. 125-6, 1999

MODUGNO F., CERRI A., Rassegna critica delle nozioni di efficacia ed effettività, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1970

MODUGNO F., Consuetudo non est servanda, in *Osservatorio sulle fonti*, 29 febbraio 2016, in www.federalismi.it, 2016

MODUGNO F., *Diritto pubblico*, Terza ed., Torino, Giappichelli, 2017

MODUGNO F., Fonti del diritto (gerarchia delle) in *Enc. Dir.*, Agg., I, Milano, Giuffrè, I, 1997

MODUGNO F., fonti del diritto: I) Diritto costituzionale, in *Enc. Giur.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1989

MODUGNO F., *L'invalidità della legge*, II, Milano, Giuffrè, 1970

MODUGNO F., *La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di V. Crisafulli*, in *Dir. Soc.*, 1993

MODUGNO F., *Legge in generale*, in *Enc.dir.* XXIII; Milano, Giuffrè, 1973

MODUGNO F., *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2007

MODUGNO F., *Principi di diritto costituzionale*, estr. da *Lineamenti di diritto pubblico*, cur. F. Modugno, Torino, Giappichelli, 2008

MODUGNO F., *Validità (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993

MODUGNO F., *Fonti del diritto e sistema normativo*, *Relazione tenuta al Seminario metodologico sulle fonti del diritto*, Università degli Studi di Ferrara, 25 giugno 2009, disponibile su www.robertobin.it, 2009

MONACO R., *Diritto comunitario e diritto interno davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1964

MONACO R., *Fonti del diritto. IV) Diritto internazionale*, in «*Enciclopedia giuridica*», XIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1989

MONATERI P.G., *Relazione al convegno Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, aprile 2009

MONTANARI M., *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali. I rapporti dell'Unione europea del Working Group on Bribery dell'OCSE e del GRECO concernenti il nostro Paese*, in *Dir. pen. cont.*, 2012

MONTESQUET, *Lo spirito delle leggi*, rist. 2° ed a cura di Cotta S., Cap. I, 66 libro III cap IX, 93; libro V, cap. XIV, 138; libro VIII, cap. X, 218, Torino, Giappichelli, 1973

MONTINI M., *Unione Europea e ambiente*, in NESPOR S., DE CESARIS A.L., *Codice dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2009

MORANA D., *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2002

MORAND A., (a cura di), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001

MORBIDELLI G., *Degli effetti giuridici della soft law (editoriale)*, in *Riv. Della regolazione e dei mercati*, 2/2016

MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007

MORBIDELLI G., *Le linee guida ANAC*, in *Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market design e gli aspetti di governance*, Atti degli Atelier AIDEN 2017

MORBIDELLI G., *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?* In *Dir. Amm.*, fasc.3/2016

MORETTINI S., *Il Soft law nelle Autorità indipendenti, procedure oscure e assenza di garanzie?* In *Osservatorio sull'analisi di impatto della regolazione*, 2011

MORONI S., *Regole tecnomomiche*, in COMANDUCCI P. E GUASTINI R. (a cura di) *Analisi e diritto, ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1998

MORRONE A., BILANCIA F., sotto la voce “sovrانيتà”, al XXXI Convegno annuale dell’associazione italiana dei Costituzionalisti (AIC), Trento, 11-12 novembre 2016

MORRONE A., *Fonti normative*, Bologna, Il Mulino, 2018

MORRONE A., *La Corte costituzionale e la cooperazione tra Stato e Regione nella fattispecie dell’intesa: analisi critica di un modello contraddittorio*, in *Riv. giur. ambiente*, 1995

MORTATI C., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964

MORTATI C., *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975-1976

MORTH U., *Conclusion in Id. (a cura di), Soft law in Governance and regulation. An interdisciplinary analysis*, Chaltenham- Northampton (Mass.), Edward Elgar, 2004

MORTH U., *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, Cheltenham, 2004

MOSCARINI A., *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, Cedam, 2003

MOSCARINI A., *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, Luiss University Press, 2015

MOSCARINI A., *Le fonti dei privati*, in *Giur. Cost.*, vol. 2, 2010

MOSCARINI A., Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008

MOSCARINI A., Le norme dei privati, in RUOTOLO M. (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, Jovene, 2011

MOSSINI L., Contributo alla storia di una metafora giuridica, in «*Studi senesi*», 1962

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

MUNARI F., SCHIANO DI PEPE L., *Diritto internazionale dell’ambiente e ruolo dei non-state actors: alcuni recenti sviluppi*, in *La Comunità Internazionale*, 2006

MUNARI F., SCHIANO DI PEPE F., *Tutela transnazionale dell’ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2013

NAPOLITANO G., *Liberalizzazioni e buona amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015

NICCOLAI S., *Delegificazione e principio di competenza*, Padova, Cedam, 2001

NICCOLAI S., voce *Atti normativi*, in *Enc. Giur. Roma*, III, 1997

NICODEMO S., *Gli atti normativi delle Autorità Indipendenti*, Padova, Cedam, 2002

NICOTRA A., (a cura di), *L’Autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giappichelli, 2016

OCSE, *Report on regulatory reform*, Parigi, 1997

ORLANDO V.E., *Le fonti del diritto amministrativo*, Trattato diretto da Orlando, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1897

OST F., Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica? In VOGLIOTTI M., (a cura di), Il tramonto della modernità giuridica, un percorso interdisciplinare, Torino, Giappichelli, 2008

OST F., VAN DE KERCHOVE M., le système juridique entre ordre et désordre, Presses Universitaires de France, Paris, 1988

OST F., VAN DE KERCHOVE M., Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica, in Sociologia del diritto, XXIV, n.1, 1997

OSTROM V., OSTROM E., Public goods and public choices, in SAVAS E.S. (ed.), Alternatives for Delivering Public Services: Toward Improved Performance, 1977

PACE A., Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi, Padova, Cedam, 2002

PADULA C., Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche, in Dir. Pubbl., 2010

PAGALLO U., Introduzione a Prolegomeni d'informatica giuridica, Padova, Cedam, 2003

PALADIN L., Diritto regionale, Padova, Cedam, 2000

PALADIN L., Il sindacato della Corte costituzionale sull'utilità delle leggi, in Giur. cost., 1964

PALADIN L., Le fonti del diritto italiano, Bologna, Il Mulino, 1996

PALADIN L., Le fonti del diritto, in Atti del Convegno nazionale su Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito, Facoltà di giurisprudenza, Università di Macerata, Milano, Giuffrè, 1993

PALERMO F., La forma di stato dell'Unione Europea, Padova, Cedam, 2005

PALICI DI SUNI E., I britannici hanno detto sì alla Brexit: uno choc per l'Europa?
in DPCE online 2016

PANDOLFI G., SCARPELLO G., STELLA RICHTER M., DALLARI G., Codice
civile (illustrato con i lavori preparatori), I, Milano, Giuffrè, 1939

PAOLANTONIO N., Tipicità della determinazione amministrativa delle fonti, in
PA persona ed amministrazione, 1/2018

PAOLETTI A., Leggi-cornice e Regioni: crisi di un modello, Milano, Giuffrè, 2001

PARIOTTI E., Self regulation, concetto di diritto, normatività giuridica in Ars
interpretandi, fasc. 2 luglio-dicembre 2017

PARISI S., La gerarchia delle fonti- Ascesa, declino, mutazioni, Napoli, Jovene, 2012

PARISI N., La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo,
n. 9/2019, www.federalismi.it, 2019

PAROLARI S., Il futuro costituzionale del Regno Unito: il primo passo verso la
devo-more in Scozia, 6 ottobre 2015 in www.forumcostituzionali.it, 2015

PASTORE B., Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea, Padova,
Cedam, 2014

PASTORE B., Le fonti e la rete, il principio di legalità rivisitato, in G. BRUNELLI,
A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), Scritti in onore di Lorenza Carlassare.
Il diritto costituzionale come regola al potere, Napoli, Jovene, 2009

PASTORE B., Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law, in Rule of
law, l'ideale della legalità, (a cura di) PINO G., VILLA V., Bologna, Il Mulino, 2016

PASTORE B., Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti, in Lav. E dir., 2003

PASTORE B., Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale, in diritto e questioni pubbliche, XVII, 2017

PECZENIK, On law and reason, Dordrecht- Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1989

PELLET A., A new international legal order? What legal tools for what changes? In International law of development: comparative perspectives, ed by SNYDER F., SLINN P., 1985

PELOSO A., La regolazione flessibile e le nuove linee guida ANAC: il caso degli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, in Rivista della regolazione dei mercati, Fascicolo 1/2017

PEPE V., Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno, in Rivista giuridica dell'ambiente, 2002

PERASSI T. Introduzione alle scienze giuridiche, Padova, Cedam, 1967

PERASSI T., Teoria e dottrina delle fonti delle norme giuridiche in diritto internazionale, in Riv. Dir. Int., 1917

PETERS A., KOEHLIN L., FENNER ZINKERNAGEL G., Non state actors as standard setters, Cambridge University Press, 2009

PETERS A., Soft law as a new mode of governance in DIEDRICHS U., REINERS W., WESSEL W., The Dynamics of change in EU governance, Edward Elgar Publishing; Cheltenham, 2001

PETERS A., Typology, Utility and legitimacy of European soft law in EPINEY A., HAAG M., HEINEMANN A., Die Herausforderung von Grenzen: Festschrift für Roland Bieber, Baden-Baden, 2007

PIERGIGLI V., L'integrazione degli immigrati da paesi terzi nel diritto sovranazionale: limiti e potenzialità dell'Unione Europea, *Rivista AIC*, 3/2018

PIERGIGLI V., *Le regole della produzione normativa*, Torino, Giappichelli, 2012

PINELLI C., I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario, in *Foro it.*, 2001

PINELLI C., *Le fonti del diritto nell'epoca dell'internazionalizzazione*, *Dir. Pubbl.*, 1995

PINESCHI L. Tutela dell'ambiente e assistenza allo sviluppo: dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992), in *Riv. Giur. Amb.*, 1994

PINNA P., *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Torino, Giappichelli, 2007

PINO G., *Interpretazione e crisi delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014

PINO G., L'applicabilità delle norme giuridiche, in *Diritto & questioni pubbliche*, 11, 2011

PINO G., *La certezza del diritto nello Stato costituzionale, relazione al Convegno di Brescia*, 2017, in <https://www.gruppodipisa.it>, 2017

PINO G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011

PINO G., *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008

PINO G., *La «lotta per i diritti fondamentali in Europa». Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in TRUJILLO I., E VIOLA F., (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007

PIOGGIA A., *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004

- PIOVANI P., Il significato del principio di effettività, Milano, Giuffrè, 1953
- PIOVANI P., voce effettività (principio di) in Enc.dir, XIV, Milano, Giuffrè, 1965
- PIRAS P., CARBONI A., Linee guida e colpa specifica del medico, in AAVV, Medicina e diritto penale, (a cura di) CANESTRARI S., GIUNTA F., GUERRINI R., PADOVANI T., Pisa, 2009
- PIRAS S., In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 comma 1, 8 novembre 2012 n. 189 in Dir. Pen. Cont., 26 novembre 2012.
- PIZZETTI F., Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà in BASSANINI F., TIBERI G., (a cura di), La Costituzione europea, un primo commento, Bologna, Il Mulino, 2004
- PIZZETTI F.G., Riflessioni sul principio di leale cooperazione nell'ordinamento comunitario in BILANCIA P., PIZZETTI F.G. (a cura di), Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello, Milano, Giuffrè, 2004
- PIZZORUSSO A. Fonti del diritto. Articoli 1-9, Zanichelli- Il Bologna-Roma, Foro Italiano, 1977
- PIZZORUSSO A., Certezza del diritto (profili pratici), in Enc. Giur. VI, Roma, Treccani, 1988
- PIZZORUSSO A., Delle fonti del diritto, Roma, Zanichelli, 1977
- PIZZORUSSO A., La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo, in Foro It., Vol. 130, n.2, 2007
- PIZZORUSSO A., La produzione normativa in tempi di globalizzazione, Torino, Giappichelli, 2008

PIZZORUSSO A., La produzione normativa in tempi di globalizzazione, in Rivista AIC, <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/fontidiritto/pizzorusso.html>, 2018

PIZZORUSSO A., Le fonti del diritto italiano 1) Le fonti scritte, in: Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 1998

PIZZORUSSO A., Sistematica giuridica e sistema delle fonti del diritto, in studi in onore Carlassare, 2009

POCAR, V., Norme giuridiche e norme sociali: lezioni di sociologia del diritto, Milano, Unicopli, 1988

POGGI A., Soft law Nell'ordinamento comunitario, in Annuario 2005, L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali, Atti del XX Convegno Annuale Catania, 14-15 ottobre 2005, Padova, Cedam, 2005

POLITI M., Tutela dell'ambiente e «sviluppo sostenibile»: profili e prospettive di evoluzione del diritto internazionale alla luce della conferenza di Rio de Janeiro, in Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile, Padova, Cedam, 1995

PONTHOUREAU M., Trois interprétations de la globalisation juridique, in AJDA, 2006

POSTIGLIONE A., Diritto internazionale dell'ambiente, Roma, Aracne, Roma, 2013

PREDIERI A., L'erompere delle autorità amministrative indipendenti, Firenze, Passigli, 1997

PREDIERI A., La giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra stato e comunità europea, in AA.VV., La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario, Milano, Giuffrè, 1991

PREDIERI A., *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo in Il diritto dell'economia*, 1996

QUADRI G., *La forza della legge*, Milano, Giuffrè, 1970

QUADRI S., *Energia sostenibile: diritto internazionale, dell'Unione europea e interno*, Torino, Giappichelli, 2012

RAMAJOLI M., *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari in Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016

RANGONE N., voce *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di) CASSESE S., Milano, Giuffrè, 2006

RANGONE N., *Regolazione e scienze cognitive dopo l'“executive order” di Obama*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016

RAVÀ A., *Il diritto come tecnica*, in *Revue de Métaphysique et de Morale* 1912

RAVA' R., *Gli statuti degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1936

RAWLS J., *Il diritto dei popoli*, Torino, Einaudi, 2001

REALE M.C. *Le comunicazioni interpretative della Commissione delle Comunità europee*, in *Riv. dir. europeo*, 1993

RENTERIA DIAZ A., *La rete delle fonti del diritto in Teoria e pratica delle fonti del diritto*, Roma, Carocci, 2008

RESCIGNO G.U., *L'atto normativo*, Roma, Zanichelli, 1998

RESCIGNO U., *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in Onore di Lorenza Carlassare*, di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), Napoli, Jovene, 2009

RESCIGNO U., Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti, in *Dir. Pubbl.*, I, 2002

RIMOLI F., Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi, in *Trasformazioni della funzione legislativa. II, Crisi della legge e sistema delle fonti* (a cura di) MUDUGNO F., Milano, Giuffrè, 2000

RIVERA L., Il referendum del 23 giugno 2016 e la Brexit: “possibili scenari evolutivi nel processo di integrazione europea” in <http://www.giurcost.org/studi/rivera3.pdf>, 24 aprile 2017

ROLLA G., *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, Giuffrè 2002

ROLLI R. SAMMARRO D., Il nuovo codice dei contratti pubblici: l'Anac e l'uomo di Vitruvio, in *Giustamm.it*, fasc. 4, 8, 2016

ROMAGNOLI G., Il ruolo delle pubbliche amministrazioni e dei loro atti nella c.d. legge Gelli in materia di sicurezza delle cure, della persona assistita e di riforma della responsabilità sanitaria (l. n. 24/2017) in *Resp.civ. prev.*, 6, 2019

ROMANO S., *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche, 1930 ora in Scritti minori, II*, Milano, Giuffrè, 1990

ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1927

ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947

ROMBOLI R., La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano in <http://www.giurcost.org/studi/romboli6.pdf>, 2018

ROSA F., Brexit, il divorzio del secolo, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016

ROSS A. Diritto e giustizia, Torino, Einaudi, 2001

ROSS A., On Law and justice, Londra 1958, trad. it., Diritto e giustizia, a cura di G. Gavazzi, Torino, Einaudi, 1965

ROSS A., Theorie der Rechtsquellen, Franz Deuticke, 1929

ROSSI G., L'ambiente e il diritto, Torino, Giappichelli, 2010

ROSSI P., (a cura di), Fine del diritto? Bologna, Il Mulino, 2009

ROTA R., Profili di diritto comunitario dell'ambiente, in, E.P. Paolo Dell'Anno (a cura di), Trattato di diritto dell'ambiente: vol.1: Principi generali, Padova, Cedam, 2012

ROULAND M., La normalisation technique (instrument de concurrence a la loi in CLAUDE E., THULLIER B. (dir.), Le droit mou, une concurrence faite à la loi, Parigi, CEDCACE, 2004, 16 p., <http://www.glose.org/CEDCACE7.pdf>;

RUGGERI A. SPADARO A., Lineamenti di giustizia costituzionale, Torino, Giappichelli, 2001

RUGGERI A., A proposito di deleghe, delegificazioni (ed altro) e dei possibili rimedi volti a porre ordine nel sistema delle fonti, in Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale, a cura di CARETTI P., RUGGERI A., Milano, Giuffrè, 2003

RUGGERI A., CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi", www.diritticomparati.it, 19 aprile 2013, 1 e ss.

RUGGERI A., Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione "multilivello" del sistema delle fonti, Relazione al Convegno su Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti

decentrati: 'nuove' frontiere per 'nuovi' diritti Cosenza 19 ottobre 2007 in www.forumcostituzionale.it, 2007

RUGGERI A., È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?, Relazione al Convegno su Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione, Università degli Studi di Roma tre 27-28 novembre 2008

RUGGERI A., Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale, Giappichelli, Torino, 1993

RUGGERI A., La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006

RUGGERI A., *Le fonti del diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Torino, Giappichelli, 2001

RUGGERI A., *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014

RUGGERI, Gerarchia, competenza e qualità, nel sistema costituzionale delle fonti normative, Milano, Giuffrè, 1977

RUINI M., *La funzione legislativa tecnica delle leggi e lavori parlamentari, I quaderni della Costituzione*, Milano, Giuffrè Milano, 1953

SACERDOTI G., Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente, in (a cura di) Fois P., *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007

SALAZAR L., *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione: l'Italia davanti ai suoi giudici*, in *Cass. pen.*, 2012

SALMONI F., *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001

SALVIA F., *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1998

SANDS P., PEEL J., *Principles of International Environmental Law 3*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012

SANDTLER T., *Global Collective Action*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004

SANDULLI A., *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1961

SANDULLI A.M. *Fonti del diritto*, in *Nuovissimo digesto italiano*, VII, 1961

SANDULLI A.M., *L'attività normativa della PA*, Napoli, Jovene, 1970.

SANDULLI A.M., *L'attività normativa della pubblica amministrazione (origine, funzione, caratteri)*, Napoli, Jovene 1983

SANDULLI A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, IV, 1954

SANTINI M., *Le energie rinnovabili tra qualità dell'ambiente e vincoli territoriali: le linee guida della Conferenza Unificata*, in *Urbanistica e appalti*, 2011

SASSEN S., *The State and Globalization: Denationalized Participation*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004

SAVASTANO F., *Brexit. Un'analisi del voto*, in *Federalismi.it*, 13/2016

SAVASTANO F., *EU Withdrawal Act e terremoto nel governo May*, 11 luglio 2018

SCHACHTER O., in HENKIN L., PUGH R.C., SCHACHTER O. AND SMIT A., *International Law, Casebook 3rd ed.*, 1993

SCHACK, Die Prüfung der Rechtsmassigkeit von Gesetz und Verordnung, Berlin, 1928

SCHAFER A., Resolving Deadlock: Why International Organizations Introduce Soft Law, Paper for the EUSA Ninth Biennial International Conference Austin, Texas, March 31-April 2, 2005

SCOTT J., in legal limbo: Post legislative guidance as a challenge for European Administrative Law, in CMLR, 2011

SCUCCIMARRA L., Vedi alla voce «Costituzione». Semantiche costituzionali nell'epoca globale, in Giornale di storia costituzionale, 3/II/2016

SEIDL- HOHENVELDERN I., International economic soft law in Recueil Des Cours, collected courses of the hague academy of international law, 1979

SELINGER E. WHYTE K.P., Nudging cannot solve complex policy problems in European Journal of risk regulation, 2012

SENDEN L., Soft Law in European Community Law, Modern Studies in European Law (Book 1), Oxford, 2004

SENDEN L., Soft post legislative rule making, a time for more stringent control, in ELJ, 2013

SENDEN L., Van Der Brink A., Checks and Balances of soft EU Rule Making, Study for the European Parliament, 2012

SERGES G., Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti, in Osservatorio sulle fonti, Fascicolo 3/2017

SGRO' F., Il caso Brexit: qualche considerazione sulla sovranità parlamentare e sul sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico dopo la sentenza della Supreme Court of the United Kingdom, 8 marzo 2017 in www.federalismi.it, 2017

SHELTON D., *Commitment and Compliance: the role of non-binding norms in the International legal system*, Oxford, 2000

SICLARI D., *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Studi in onore di Vincenzo Altripaldi*, Napoli, Jovene, 2010

SILVESTRI E., *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950

SILVESTRI G., *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. dir.*, 1, 1987

SILVESTRI G., *Questa o quella per me pari sono... Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *AAVV, Le fonti del diritto, oggi, giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, PLUS, 2006

SILVI M.Q., *L'atto giuridico e le sue regole Saggio su diritto e giochi*, Roma, Aracne, 2017

SIMON T., *Geltung*, In *Rg, Bd*, 7, 2005

SIMONCINI A., *I codici deontologici di protezione dei dati personali nel sistema delle fonti. L'emersione di un nuovo paradigma normativo?* In *DE SIERVO U.*, (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 1999

SIMONCINI M., *Nuovi regolatori e vecchi principi nel diritto dell'UE. Poteri e limiti delle autorità europee di vigilanza finanziaria*, in www.nomos-leattualitàdeldritto.it, 2015

SIRENA P.A., *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, in *Altalex.com*, maggio, 2013

SNYDER F., *Interinstitutional Agreements: forms and Constitutional Limitations* in
WINTER G., *Sources and categories of European Union law: A comparative and
reform prospective*, Baden-Baden, nomos, 1996

SNYDER F., *Soft law and institutional practice in the European Community*, in
MARTIN S., *The construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noel*,
Dordrecht, 1994

SNYDER F., *Soft law and institutional practice in the European Community* in
MARTIN S., *The construction of Europe*, Kluwer Academic Publishers, 1994

SNYDER F., *The effectiveness of European Community law*, Hart Publishing,
2004

SOAVE P., *Lo sviluppo sostenibile nella prospettiva dell'Agenda 21. Il programma
di azione lanciato alla Conferenza di Rio de Janeiro*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1993

SOMOGYI S., LOTTI L., PREDIERI A., SARTORI G., *Il Parlamento Italiano,
1946-1963*, Napoli, ESI, 1963

SORRENTINO F. *Le fonti del diritto* in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale
di diritto pubblico vol. I, Diritto pubblico generale*, Bologna, Il Mulino, 1997

SORRENTINO F., *Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle
istituzioni comunitarie?* in "scintillae iuris", *Studi in memoria di G. Gorla*, I, Milano,
Giuffrè, 1994

SORRENTINO F., CAPORALI G., voce *Legge (atti con forza di)* in *Digesto delle
Discipline Pubblicistiche*, IX, Torino, Utet, 1994

SORRENTINO F., *Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo* in *Annuario
Aipda* 2015

SORRENTINO F., *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 2009;

SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, Milano, Utet, 2001

SORRENTINO F., *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Rivista A.I.C.*, 2002

SORRENTINO F., voce *Fonti (dir. Cost.)*, *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di Cassese S.), 2004

SOTIS C., *La “mossa del cavallo”. La gestione dell’incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012

STAIANO S., *Normatività e dintorni. Riflessioni sull’incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 4/2015

STEFAN A.O., *European Competition soft law in European Courts: a matter of hard principles?* *European Law Journal* Volume 14, Issue 66, 2008

STEFAN O., *Soft law in Court: competition law, State Aid and the Court of justice of the European Union*, Milano, Kluwer, 2013

STREIL J. AND WEILER J.H.H., *L’Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, Il Mulino, 1998

STROZZI G., *Diritto dell’Unione Europea. Dal Trattato di Roma alla Costituzione Europea*, Torino, Giappichelli, 2005

STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell’Unione Europea, Parte Istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2013

STURZO L., *La macchina legislativa*, in *La via*, 1951

SUNSTEIN C.R., *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2009,

SUNSTEIN Sunstein C.R., Effetto nudge, Milano, Feltrinelli, 2015

SUNSTEIN C.R. THALER V.R., Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness, New Haven, 2008

SUNSTEIN C.R., Nudges vs. shoves, in Harvard Law Review Forum, 2014

SUNSTEIN C.R., Do people like nudges?, in Administrative Law Review, 2015

SUNSTEIN C.R., The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science, Cambridge University Press, Cambridge, 2016

SUNSTEIN C.R., Regulation as delegation, in Journal of Legal Analysis, 2015

SUNSTEIN C.R., Nudges That Fail, in Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy, 2017

SUNSTEIN C.R., Reisch L.A., The Economics of Nudge, London-New York, 2017

SUNSTEIN C.R., Semplice, l'arte del governo nel terzo millennio, Milano, Giuffrè, 2014

SZEKELY A., Non-binding Commitments: A Commentary on the Softening of International Law Evidenced in the Environmental Field, in International Law on the Eve of the 21st Century, Views from the International Law Commission, 1997

TAMBURELLI G., Ambiente (diritto internazionale), in Enc. giur. Treccani, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 2004

TANZI A., Introduzione al diritto internazionale contemporaneo, Padova, Cedam, 2003

TARELLO G., Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi, in Politica del diritto, 8, 1977

- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980
- TARLI BARBIERI G, *Appunti sulle fonti del diritto Italiano, parte gen.*, Torino, Giappichelli, 2008
- TARLI BARBIERI G., *Regolamenti governativi e ministeriali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Diritto Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008
- TEGA D., *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in CARTABIA M., (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, il Mulino, 2007
- TERROSI VAGNOLI E., *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico legali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1999
- TERPAN F., *Soft law in the European Union: The changing nature of EU law*, in *European law journal*, 2014
- TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. eur.*, 2009
- TESSARO T., *Manuale di diritto regionale: natura, ruoli, funzioni di Regioni, Province, Comuni: aggiornato con legge 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. Legge La Loggia)*, Firenze, Maggioli, 2004
- THALER R.H. SUNSTEIN C.R., *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni sul denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2008.
- THIBIERGE C., *Le droit souple*, in *Rev. Trim. Droit civ.*, 2003
- THIBIERGE G., *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, in *Rev. trim. droit civ.*, 2003
- THÜRER D., *Soft law eine neue Form von Volkrecht*, in *Revue de Droit Suisse*, 1985

THURER D., Soft law, in Encyclopedia of Public International Law, vol.4, 2000

THURER D., The role of soft law in the actual process of European integration in JACOT- GUILLARMOND O. E PESCATORE P., L'avenir du libre-echange en Europe: vers un Espace economique europeen?, Zurich, 1990

TIMSIT G., Archipel de la norme, Presses Universitaires de France, Paris, 1997

TITOMANLIO R., Il potere normativo delle Autorità Amministrative indipendenti in Ius Publicum network review, 2013

TITOMANLIO R., Potestà normativa e funzione di regolazione, Torino, Giappichelli, 2012

TITOMANLIO R., Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione, in Nomos le Attualità del diritto, maggio 2017

TONOLETTI B. Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo in Dir. Amn, 2/3, 2015

TONOLETTI B., Il mercato come oggetto della regolazione, in La rivista della regolazione e dei mercati, 1/2014

TORCHIA L., Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo in Giornale dir. Amm., 5/2016

TORCHIA L., Intervento al convegno Soft regulation e principi dell'ordinamento, Luiss Guido Carli, 6 ottobre 2016 (inedito a stampa)

TORCHIA L., La regolazione del mercato dei contratti pubblici, in La rivista della regolazione e dei mercati 2/2016

TRABUCCO D., Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la Cedu e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali- astratti a garanzia della superiorità della Costituzione? In Osservatorio sulle fonti, Fasc. 3/2018

TRAIL W.R., ALLEN B.A., Government created medical practice guidelines: the opening of Pandora's box 10, J.L. & Health, 1995

TRAMONTANA A.M., il Soft law e la resilienza del diritto internazionale, Ars Interpretandi, fascicolo 2, Luglio-dicembre 2017

TRENCH A., Legislative consent and the Sewel convention, in Devolution Matters, June 2016, reperibile all'indirizzo <https://devolutionmatters.wordpress.com/the-sewel-convention/>;

TREVES G., Principi di diritto pubblico, Torino, Utet, 1971

TRUBEK D.M., COTTRELL M.P., NANCE M., "Soft Law", "Hard Law" and European Integration: Toward a Theory of Hybridity, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1002, November 2005

TRUBEK D.M., COTTRELL P., NANCE M., Soft law- hard law and European integration: toward a theory of hybridity in DE BURCA G., SCOTT J., law and governance in the EU and US, Oxford, 2006

TRUJILLO I., Soft law e diritti umani, Ars Interpretandi Fasc. 2, luglio-dicembre 2017

VACCARO M.J., Note a margine dei codici di comportamento nel pubblico impiego, in Dir. lav., 1998

VALAGUZZA S., La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, in Rivista della regolazione dei mercati, 1/2016

VALAGUZZA S., Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC, in *La rivista della regolazione e dei mercati*, 1/2017

VALAGUZZA S., *Sustainable Development in Public Contracts. An example of Strategic Regulation*, Milano, 2016

VAN RIJSBERGEN M., On the enforceability of EU Agencies soft law at the national level: the case of the European Securities and Markets Authority in Utrecht L. Rev., 2014

VASSALLI F., La missione del giurista nella elaborazione delle leggi, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, a cura di AA.VV., I, Padova, Cedam, 1950

VELLUZZI V., *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, Pisa, ETS, 2012

VERONESI P., Le linee guida in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte, in *Studium iuris*, 2004

VIDETTA C., *L'amministrazione della tecnica, fra procedimento e processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2008

VIOLA F., Dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ai Patti Internazionali. Riflessioni sulla pratica giuridica dei diritti, in *Ragion Pratica*, 11/1998

VIOLA F., *Rule of law, Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011

VIRGA P., *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica in Jus*, 1957

VOGLIOTTI M. (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008

VOGLIOTTI M., Legalità, in *Enc. Del dir., Annali VI*, Milano, Giuffrè, 2013

VOGLIOTTI M., Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau?, in Rev. sc. crim., 2002

WEIL P., Towards relative Normativity in International Law In American Journal of International law, 1983

WEIL P., Vers una normativité relative en droit international? In revue generale de droit international public, 1982

WEILER J., CASSESE S., Change and stability in international law making, European University institute, De Gruyter; Reprint 2010

WEILER J.H.H., La Corte di Giustizia e l'integrazione europea, in BEUTLER B., BIEBER R., PIPKORN J., WEILER J.H.H., L'Unione Europea, istituzioni, ordinamento, politiche, Bologna, il Mulino, 1998

WEILER J.H.H., La Costituzione dell'Europa, Bologna, Il Mulino, 2003

WELLENS K., BORCHARDT G.M., "soft law in European community law", European law review, 1989

WIEACKER F., Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1, Munchen, 1988

ZACCARIA G., La comprensione del diritto, Roma-Bari, Laterza, 2012

ZACCARIA G., Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi, in ragion pratica, 2004

ZACCARIA R., (a cura di), Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legge, Brescia, Grafo Edizioni, 2011

ZAGREBELSKY G., Il diritto mite. Legge, diritti e giustizia, Milano, Einaudi, 1992

ZAGREBELSKY G., Il sistema costituzionale delle fonti del diritto, Torino, Utet, 1984

ZAGREBELSKY G., Manuale di diritto costituzionale, Torino, Utet, 1987

ZANOBINI G., Corso di diritto amministrativo, I, 8a ed., Milano, Giuffrè, 1958

ZANOBINI G., Gerarchia e parità tra le fonti in Scritti vari di diritto pubblico, Milano, Giuffrè, 1955

ZANOBINI G., Le norme interne di diritto pubblico, in Riv. Dir. pubblico, 1915

ZICCARDI P., Consuetudine (diritto internazionale), Enc. Dir. Vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961

ZILLER J., La nuova costituzione europea, Bologna, Il Mulino, 2003

ZOPPINI A., La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici, in ZOPPINI A. (a cura di), La Concorrenza tra gli ordinamenti, Roma-Bari, Laterza, 2004