

Margherita Ramajoli

SOFT LAW E ORDINAMENTO AMMINISTRATIVO

in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 2017

Sommario: 1. La prospettiva di tipo ordinamentale nel pensiero di Ottaviano e nell'analisi del fenomeno della soft law. — 2. Soft law, diritto mite e droit mou. — 3. Soft law e diritto internazionale. — 4. Soft law e diritto dell'Unione europea. — 5. Soft law e diritto nazionale.

1. *La prospettiva di tipo ordinamentale nel pensiero di Ottaviano e nell'analisi del fenomeno della soft law.*

Solo di recente è emersa la nozione di *soft law*, inteso come diritto privo di coercibilità in senso tradizionale (1). Questo dato temporale, ossia il fatto che la creazione e l'espansione della *soft law* siano elementi caratterizzanti la contemporaneità giuridica, impone di esplicitare il legame che si è inteso instaurare tra la *soft law*, da un lato, e il pensiero scientifico di Vittorio Ottaviano, dall'altro.

Si ritiene infatti che il complesso fenomeno della *soft law* possa essere meglio compreso partendo proprio dal concetto di ordinamento amministrativo che Ottaviano aveva particolarmente approfondito in un suo ampio e articolato saggio del 1958 (2).

Alla ricerca del “se” e del “come” l'organizzazione amministrativa costituisca un ordinamento autonomo rispetto all'ordinamento generale, Ottaviano si colloca sulla scia della dottrina di Santi Romano in tema di pluralità degli ordinamenti giuridici e affonda le sue radici nel pensiero organicista ottocentesco (3).

Ottaviano prosegue la riflessione sugli ordinamenti giuridici indagando attraverso quale processo l'istituzione assicuri la propria vigenza. Egli osserva che affinché sussista un ordinamento “occorre una forza che renda effettivi i precetti che lo costituiscono”. Questa forza è “da riportare alla volontà di coloro che agiscono proponendosi di attuarne i precetti”. Di conseguenza alcune norme “diventano vigenti perché volute dall'amministrazione quali suoi elementi costitutivi” e così “entrano a costituire l'organizzazione amministrativa” (4).

Con due fondamentali precisazioni: per un verso, ciò che assume rilevanza non è tanto la volontà effettiva, ossia l'intento perseguito dai soggetti fisici nella loro individualità, bensì la volontà normativa, nel senso che si tratta di “valutare il loro comportamento normativamente”; per altro verso, l'ordinamento amministrativo, a differenza di quanto sosteneva Santi Romano, costituisce un ordinamento a sé stante anche nella parte della sua struttura riguardante i terzi (5).

Questa indicazione di percorso, secondo cui la forza costitutiva di ogni ordinamento è la volontà normativa di coloro che agiscono per esso, è stimolante quando si tenta di approcciare l'eterogeneo e indefinito fenomeno della *soft law*, analizzandola in una prospettiva, appunto, di tipo ordinamentale.

Infatti due sono le questioni nevralgiche poste dalla nozione di ordinamento amministrativo, strettamente collegate l'una all'altra: la prima — lo si è appena visto — riguarda il modo in cui un ordinamento è in grado di assicurare la propria vigenza; la seconda concerne il rapporto tra ordinamento amministrativo e ordinamento generale e quindi il rapporto tra le norme proprie dell'ordinamento amministrativo e la legge, avendo sullo sfondo un problema di rappresentatività e di legittimazione democratica.

In maniera del tutto simile due sono le problematiche centrali che la nozione di *soft law* porta con sé: la prima attiene ai meccanismi attraverso cui se ne garantisce l'osservanza, essendo il suo tratto caratterizzante la mancanza di coercibilità in senso tradizionale; la seconda è relativa al suo rapporto con la legge, o, meglio, con l'*hard law*, ossia con il diritto legislativo, anche in questo caso facendo emergere una questione di legittimazione democratica, nonché di rispetto del principio di legalità.

Da qui la necessità di chiarire se tra *hard law* e *soft law* intercorra un rapporto di complementarietà (nel senso che la *soft law* è strumentale all'*hard law*), o di evoluzione (nel senso che la *soft law* altro non sarebbe che *hard law in fieri*), oppure invece di alternatività (una escludendo necessariamente l'altra).

2. *Soft law, diritto mite e droit mou.*

Anzitutto, qualche puntualizzazione lessicale e definitoria. La traduzione del termine *soft law* non è agevole e probabilmente del tutto inutile. Chi ha parlato, agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, di “diritto mite” lo ha fatto riferendosi, da costituzionalista, a un fenomeno diverso da quello che si intende qui analizzare. Infatti Gustavo Zagrebelsky ha inteso il diritto mite come quel diritto ispirato ai valori del pluralismo, della “coesistenza” e del “compromesso”, che porta con sé un'elasticità di valori (6).

Il piano dell'analisi è del tutto differente e il fenomeno preso con considerazione è completamente diverso. Diritto mite e diritto *soft* non sono dunque sinonimi.

È stata soprattutto la dottrina francese, notoriamente nazionalista, a tentare di tradurre il termine *soft law*. Si è così parlato di *droit mou*, *droit souple*, *droit fragile*, espressioni che però presentano una connotazione fortemente avversa, la quale non si ritrova in maniera così evidente nella versione inglese e che oltretutto non consentono di cogliere la vera essenza del fenomeno (7).

Si ritiene pertanto preferibile mantenere ferma l'espressione inglese e invece maggiormente utile ricercare i tratti caratterizzanti della *soft law*.

La definizione di *soft law* utilizzata in apertura — diritto non vincolante — è una definizione in negativo, in cui l'accento è posto su ciò che manca, e cioè l'assenza di coercibilità.

Cercando di svolgere in positivo questo concetto, la *soft law* può essere intesa come diritto espressione di cooperazione, in quanto pone in essere precetti privi di sanzione, ossia precetti la cui ottemperanza è volontaria. Torna così nettamente l'impostazione di Ottaviano che fonda la forza del precetto sulla volontà di coloro che agiscono proponendosi di attuare i precetti stessi.

Sotto una prospettiva diversa e, se si vuole, ribaltata, nella *soft law* l'ottemperanza al precetto si pone come volontaria in ragione del fatto che il soggetto che lo detta è privo del potere di emanare norme *hard* e quindi privo del potere formale di fare rispettare le norme.

Non è un caso che la nozione di *soft law* sia stata criticata proprio dai soggetti che

tradizionalmente detengono il potere di emanare norme *hard*. Si pensi alle prese di posizioni in materia assunte dal Parlamento europeo, che attualmente esercita un potere legislativo su un piano di tendenziale parità con il Consiglio. Il Parlamento europeo in una sua risoluzione del 2007 ha qualificato la *soft law* nozione “ambigua” e “perniciosa”, che potrebbe avere effetti negativi sull'equilibrio istituzionale (8).

Ma su questo rapporto sofferto tra *hard law* e *soft law* sarà necessario tornare in seguito.

3. *Soft law e diritto internazionale.*

Per qualsiasi fenomeno giuridico è possibile trovare un antenato, più o meno illustre e più o meno somigliante. La *soft law* non si sottrae a questo destino, potendo risalire le sue origini addirittura al diritto mesopotamico, in cui il codice di Hammurabi conteneva numerose prescrizioni prive di sanzione (9).

Tuttavia, la *soft law*, così come intesa comunemente, nasce negli anni Settanta del secolo scorso nel diritto internazionale. Ciò non è casuale. Infatti il diritto internazionale pubblico è caratterizzato da un rapporto problematico con il diritto legislativo o comunque con il diritto inteso secondo un'accezione imperativa.

Come è stato giustamente osservato, il diritto internazionale pubblico è materia “desiderosa di emanciparsi dal potere statale, e nel contempo incapace di esprimere un ordine dotato di una reale forza coercitiva”.

La *soft law* nasce quindi nelle relazioni tra Stati, proprio perché “rispetto agli Stati è difficile procedere con formulazioni giuridiche strutturate come puri comandi imperativi”. Anzi alcuni Autori ritengono addirittura che la *soft law* sia sì un'alternativa, ma non all'*hard law*, bensì all'anarchia tipica delle relazioni internazionali (10).

Nel diritto internazionale la *soft law* si concretizza in atti non giuridicamente vincolanti che assumono varie denominazioni (dichiarazioni di principi, risoluzioni, carte, codici di condotta, linee guida, programmi d'azione) e che intervengono in vari ambiti, venendo a riguardare pure i diritti fondamentali. Gli atti in questione

sono adottati vuoi dagli stessi Stati (*non binding agreements*), vuoi da organizzazioni sovranazionali (una tra tutte, le Nazioni Unite) (11).

Nel primo caso mediante la *soft law* gli Stati entrano in una rete di impegni senza vedere sminuito il proprio *status* di soggetti sovrani. Qui il senso più profondo della *soft law* consiste nel fatto che sono gli stessi Stati a non volere assumere impegni giuridici precisi, stante la frammentazione degli interessi coinvolti che impedisce loro di vincolare la propria condotta.

È possibile parlare a tal riguardo di *pre-law*, e cioè di una preparazione alla stipulazione d'impegni giuridici vincolanti, o, in altri termini, di propedeuticità alla creazione di una *hard law*: non è affatto escluso che gli atti *soft* possano trasformarsi nel corso del tempo in trattati o comunque contribuire alla formazione di norme generali di diritto internazionale.

Questa particolare tipologia di *soft law* intercorrente tra soggetti formalmente equi-ordinati è ben ricostruibile sulla volontà degli autori che sono al tempo stesso destinatari della disposizione e si è completamente al di fuori dello schema di una norma creata da un soggetto sovraordinato rispetto a un terzo cui il precetto è rivolto.

Nel caso invece in cui i destinatari dei precetti siano diversi dagli autori dei medesimi, il discorso cambia e si fa più interessante nella prospettiva ordinamentale qui privilegiata.

In questo caso il ricorso alla *soft law* è da leggere come alternativa (auto-creata e etero-imposta) all'*hard law*. Infatti la *soft law* è dettata da soggetti che sono privi del potere formale di erodere la sovranità statale e conseguentemente sono anche privi del potere di dettare norme vincolanti in materia. Pertanto, la forza della *soft law* riposa sulla volontà di coloro che agiscono per attuarne i precetti.

Guardando il fenomeno dal punto di vista ordinamentale, la norma poggia non su una sanzione (che è inesistente), ma sulla volontà di osservanza dei destinatari terzi. Si assiste qui al fenomeno tipico che caratterizza ogni ordinamento, così come ben evidenziato da Ottaviano: qualsiasi norma esiste se vi è qualcuno convinto che quella norma sia vigente, dal momento che tutte le norme hanno

bisogno di una adesione ai loro contenuti.

Si pensi, ad esempio, al *corpus* di principi di governo societario emanati nel 1999 e via via aggiornati dall'OCSE, volti a garantire l'integrità dei sistemi finanziari ed a sostenere l'evoluzione delle migliori prassi in materia. Questi atti di *soft law* tendono al raggiungimento di una armonizzazione e una convergenza in materia che l'Ocse non ha il potere formale di imporre dal momento che siffatto potere esula dalle sue attribuzioni (12).

Parimenti si pensi agli standard e alle linee guida adottati dal Comitato di Basilea in base ai quali è valutata la condotta delle singole istituzioni creditizie. Tali atti non hanno forza legale, tuttavia il Comitato di Basilea detta questi principi di *best practice* “*in the expectation that individual authorities will take steps to implement them through detailed arrangements — statutory or otherwise — which are best suited to their own national systems*” (13).

Quando i destinatari degli atti internazionali di *soft law* sono gli Stati nazionali il senso ultimo della *soft law* si ritrova nell'incoraggiare quelle convergenze che non hanno titolo a passare attraverso un'armonizzazione dettagliata. Emerge così una particolare dinamica, che si vedrà affiorare, in maniera più accentuata, anche nel diritto dell'Unione europea: le disposizioni di *soft law* sovranazionale filtrano nei singoli ordinamenti nazionali, liberi o meno di osservarle, dando eventualmente luogo a *hard law* interna.

Secondo alcuni critici della *soft law*, essa altro non sarebbe che un modo di aggirare il potere normativo dei singoli Stati nazionali, i quali fungono da braccio secolare per garantire l'effettività di scelte normative assunte altrove, quasi che fossero rami esecutivi di un ordinamento altro rispetto al proprio (14).

Ancora più vistosa è l'assenza di un potere formale e riconosciuto di dettare regole in materia quando gli atti sono redatti da soggetti ibridi, metà pubblici e metà privati; si pensi alla CAC (*Codex Alimentarius Commission*), organismo a composizione prevalentemente pubblica, competente a emanare standard sulla sicurezza alimentare sulla base di pareri tecnici rilasciati da comitati di esperti scelti nell'ambito del settore privato. L'osservanza a standard elaborati da soggetti privati avviene a seguito di una scelta volontaria da parte delle imprese, che hanno un

interesse fattuale a rispettare siffatte indicazioni. Ad esempio, in materia di commercio internazionale di prodotti alimentari se un fornitore non si assoggetta agli standard così fissati gli è preclusa la possibilità di vendere il proprio prodotto all'impresa che di contro ne esige il rispetto (15).

Tant'è che alcuni hanno voluto far rientrare all'interno della *soft law* anche la *lex mercatoria*, intesa come insieme di misure giuridiche create dagli stessi operatori economici per regolare i propri scambi commerciali (16).

In realtà, in questo caso è più corretto parlare di *self regulation*: i soggetti privati "mimano" la *soft law* mediante codici di comportamento che non fissano impegni giuridici ma che nondimeno garantiscono un'immagine di affidabilità e correttezza commerciale a coloro che li rispettano. Nella *self regulation* i tratti di consensualità sono ancora più accentuati e pure qui la prospettiva ordinamentale, tutt'altro che legittimata democraticamente, emerge (17).

4. *Soft law e diritto dell'Unione europea.*

È soprattutto nel diritto dell'Unione europea che la prospettiva ordinamentale della *soft law* emerge con maggiore chiarezza: la *soft law* europea si pone come mezzo di regolazione di rapporti tra le istituzioni e si colloca a metà strada tra le fonti del diritto e la *governance* istituzionale. Del resto, nel diritto europeo il concetto di fonte del diritto assume caratteri spuri, prevedendosi espressamente a livello di trattato (art. 288 TFUE) una categoria di atti normativi non vincolanti, le raccomandazioni, difficilmente conciliabile con la nostra tradizione (18).

Nella dimensione europea la *soft law* è un particolare strumento che consente di superare un originario "vizio di competenza" dell'Unione. Le assonanze con i poteri impliciti delle istituzioni europee sono notevoli, anch'essi mezzi di erosione delle sfere di competenza degli Stati membri (19).

Nella congerie di atti europei di *soft law*, che sono spesso, anche se non esclusivamente, emanati da agenzie, occorre sfrondare ciò che non risulta particolarmente significativo nella prospettiva ordinamentale qui abbracciata.

Pertanto, in questa logica non vengono in linea di conto i già menzionati atti di *pre-*

law (libri bianchi, libri verdi, programmi d'azione), in cui la funzione della *soft law* si limita a favorire e ad accompagnare la nascita di una futura *hard law*. Ma neppure gli atti definibili di *post-law* (linee guida e comunicazioni), nella misura in cui essi siano meramente interpretativi di norme giuridiche vincolanti già esistenti.

Pre-law e *post-law* sono accomunate dal fatto di essere ancillari e strumentali alla *hard law*, svolgendo sia una funzione di informazione e comunicazione, sia una funzione didattica ed educativa, promuovendo la trasparenza e orientando le condotte dei soggetti.

La *soft law* europea nel momento in cui si viene a trasformare in *hard law* appare chiaramente nella sua veste di strumento *extra ordinem* di regolazione di rapporti tra ordinamenti.

Alcune volte il rinvio nazionale ad una fonte europea di *soft law* avviene in base a una scelta del tutto volontaria compiuta dal legislatore interno. Ciò è visibile, ad esempio, nel settore della formazione professionale in cui la legislazione regionale della Lombardia contiene un riferimento espresso e diretto a una raccomandazione dell'UE in tema di formazione permanente, dando così luogo a un'implementazione su base volontaria, nella migliore tradizione della *soft law* (20). Talvolta è la legge nazionale a richiamare un atto di *soft law*, come nel caso della legge delega in materia di abuso del diritto in materia tributaria, che ha delegato il Governo ad attuare la revisione delle disposizioni antielusive, coordinando i principi e criteri direttivi dettati dalla delega stessa con quelli contenuti in una raccomandazione della Commissione europea (21).

Altre volte invece si ha un discostamento dall'appena delineato modello, in quanto s'impone in via autoritativa l'osservanza a livello nazionale della *soft law* europea.

Così già a far data dal 1988, nel famoso caso Grimaldi, la Corte di Giustizia ha ritenuto che i giudici nazionali siano vincolati alle raccomandazioni nel momento in cui essi siano chiamati ad interpretare le norme nazionali adottate per attuare il diritto di fonte europea. Come è noto infatti, in quella fondamentale pronuncia il giudice europeo ebbe modo di precisare che le raccomandazioni “non sono vincolanti, sono in genere adottate dalle istituzioni comunitarie quando non dispongono, in forza del Trattato, del potere di emanare atti obbligatori o quando

ritengono che non vi sia motivo di adottare norme più vincolanti”. Ma nondimeno “poiché le raccomandazioni non possono considerarsi come atti privi di qualsiasi effetto giuridico, i giudici nazionali sono tenuti a prenderle in considerazione per risolvere le controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando le raccomandazioni stesse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantirne l'attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante (22).

Con il che la *soft law* europea si trasforma in fonte di disciplina sostanzialmente primaria che s'impone al diritto nazionale.

Questi caratteri della *soft law*, che diviene strumento di accrescimento di poteri al di là delle competenze formali, sono visibili soprattutto quando essa si pone non come strumentale, bensì come alternativa alla *hard law*.

In questi casi la prospettiva ordinamentale domina. Anche qui, come già nel diritto internazionale, la *soft law* è alternativa all'*hard law* nel senso che permette all'Unione europea di agire in campi che altrimenti le sarebbero preclusi, perché, ad esempio, vengono in rilievo settori di disciplina appartenenti alla cd. competenza di mero supporto dell'Unione.

Così, l'Unione europea utilizza strumenti *soft* laddove non sia possibile ricorrere allo strumento *hard* dell'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, per ragioni di mancanza di competenze istituzionali e, ancora più a monte, per volontà di rispetto delle diversità nazionali.

Questo utilizzo strumentale della *soft law* è particolarmente chiaro nel caso del Metodo aperto di coordinamento, che nasce in maniera embrionale nel settore delle politiche economiche e di bilancio e da lì si sviluppa in molteplici ambiti di disciplina.

Sostanzialmente, il metodo aperto di coordinamento fissa tramite standard e linee guida alcuni obiettivi a livello di Unione europea. Gli Stati membri sono tenuti a rendere conto alle istituzioni europee del raggiungimento di tali obiettivi, ma in capo agli Stati stessi sorgano vincoli giuridici nella direzione dell'unificazione o, per lo meno, dell'armonizzazione. Il momento conclusivo di questo processo non culmina

in meccanismi tradizionali di controllo nei confronti dell'azione degli Stati membri, bensì nella condivisione di esperienze, allo scopo di ingenerare processi virtuosi di apprendimento tra Stati nella scelta delle migliori pratiche. In questa maniera non s'impongono specifiche condotte, ma si stimola l'autonomo ravvicinamento delle prassi, secondo un modello di integrazione europea che disegna una nuova forma di *governance* (23).

Se i sostenitori entusiasti della *soft law* europea ritengono che essa sia idonea a minimizzare le perdite di sovranità nazionali, va però riconosciuto che la *soft law* nondimeno comporta pur sempre perdite di sovranità, altrimenti non previste, al punto da consentire un controllo (non formale) delle politiche nazionali (24).

In questa logica la *soft law* è idonea a porsi come effettiva alternativa alla *hard law*, la quale però non viene sempre meno, nel senso che si creano spesso complicati intrecci e contaminazioni di *hard* e *soft law*, i quali rendono più sfumate le differenze tra le medesime (25).

Quindi, come già nel diritto internazionale, anche nel diritto dell'Unione europea la *soft law* riguarda essenzialmente relazioni tra soggetti pubblici ed è un modo per affermare un nuovo ordine di competenze (diverso da quello stabilito a livello formale) e, più precisamente, per trasferire poteri d'intervento a livello sovranazionale.

5. *Soft law e diritto nazionale.*

Quando infine si passa a considerare la *soft law* squisitamente nazionale, è ancora la lezione di Ottaviano a insegnarci qualcosa e i tratti di un ordinamento contrapposto all'ordinamento generale emergono con maggior chiarezza.

A livello nazionale la *soft law* viene solitamente impiegata nei settori c.d. sensibili e nel mercato dei contratti pubblici, nell'ambito della più generale attività di regolazione.

Ottaviano fu uno tra i primi, se non addirittura, il primo studioso di diritto pubblico ad utilizzare la nozione di “regolazione del mercato” in un suo saggio della fine degli anni Settanta del secolo scorso. La definizione offerta da Ottaviano è quella

divenuta poi d'uso corrente, anche se la dottrina spesso dimentica di riconoscerne la paternità.

Dice Ottaviano che "l'attività economica... richiede l'intervento *costante* del potere pubblico che assicuri il verificarsi delle *condizioni necessarie* perché l'operatore economico disponga di quanto gli occorre per svolgere la sua attività" (26).

L'intervento pubblico "cercherà di influire sul processo economico al fine di regolarne l'andamento, e quindi, a seconda dei casi, per stimolarlo, ovvero per stabilizzarlo, e comunque per indirizzarlo verso gli obiettivi d'interesse pubblico prescelti" (27).

La nozione di regolazione di Ottaviano è d'estrema modernità ed è diversa dall'attuale unicamente sotto il profilo istituzionale, ossia dei soggetti titolari del potere di dettare gli atti regolatori. Ciò perché solo a partire dagli anni Novanta del secolo scorso si è assistito al fenomeno dell'erompere delle autorità indipendenti (28), alle quali ai giorni nostri è pressoché esclusivamente demandata l'attività regolatoria.

In ambito nazionale dunque la *soft law* interviene in ambiti presieduti da autorità di regolazione, o, più in generale, da autorità indipendenti, che spesso (anche se non sempre, si pensi all'Anac) sono una sorta di *longa manus* delle istituzioni europee. Con la precisazione che la regolazione si avvale non solo di strumenti di *soft law*, ma anche di tradizionali strumenti *hard* (specie sanzionatori), perché una disciplina fondata solo sulla *moral suasion* soffre di un difetto di effettività (29).

Attualmente l'attenzione dottrinale è tutta rivolta all'Anac, ultima arrivata tra le autorità di regolazione, alla quale sono stati affidati poteri atipici di "regolazione flessibile" che nella prospettiva ordinamentale qui prescelta non interessa affatto inquadrare nel sistema delle tradizionali fonti del diritto (30).

Ma la *soft law* nazionale non nasce con l'Anac. In realtà già in passato molte autorità amministrative, più o meno indipendenti, erano state dotate di poteri *soft* in funzione essenzialmente preventiva, di suggerimento, di raccomandazione, di persuasione (31).

Quanto al meccanismo di funzionamento degli atti di *soft law* nazionale, il soggetto destinatario è posto di fronte all'alternativa tra seguire la prescrizione oppure discostarsi da essa, tuttavia in questa seconda ipotesi è sempre tenuto a fornire adeguata motivazione in ordine alla scelta effettuata (principio del *comply or explain*) (32).

Questo meccanismo non è molto diverso dall'obbligo di motivazione nel caso di mancata osservanza di una circolare o norma interna, che sono atti di per sé non vincolanti, nonché tipiche manifestazioni di normatività nell'ambito dell'ordinamento amministrativo (33).

Infatti, anche con riferimento a questa particolare tipologia di atti, come già in relazione agli atti di *soft law*, è stata la giurisprudenza ad operare un processo di indurimento del precetto. Più precisamente, la sanzione per la mancata osservanza di circolari o di norme interne esiste, ma non è contestuale alla loro nascita, bensì è stata successivamente creata dalla giurisprudenza, in quanto tali atti sono intesi dal giudice amministrativo come un tramite per operare un sindacato sull'eccesso di potere (34).

Abbandonando il parallelismo evidenziato e tornando al fenomeno della *soft law* dettata dalle autorità nazionali di regolazione, qui è lo stesso legislatore a consegnare le chiavi di un ordinamento distinto rispetto a quello generale a un determinato soggetto pubblico, che ha la signoria su quel settore.

Il tema è quello, tradizionale, della commistione di atti legislativi con atti di governo in senso lato, in un gioco di forze avverse (35). La mancanza di forza cogente intesa in senso tradizionale degli atti in questione nasconde la forza sostanzialmente politica dei medesimi: gli atti di *soft law* sono quindi tipica fonte di un ordinamento che utilizza canali diversi dalle procedure formali tipiche delle istituzioni costituzionali.

Di conseguenza e in conclusione, la prospettiva ordinamentale — dell'ordinamento non come fatto, ma come farsi, come continua attività produttiva — è il vero orizzonte di senso della *soft law*.

Nella sua riflessione sull'ordinamento giuridico, Santi Romano osservava che “il

diritto non è uno o più norme, l'ordinamento non è un insieme o complesso di norme". L'ordinamento giuridico "è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, sopra tutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura" (36).

In questa logica Ottaviano fonda l'ordinamento sulla forza che rende effettivi i precetti che lo costituiscono e il fondamento della forza è ravvisato in "ciò che vogliono coloro che entrano a costituire la parte centrale dell'organizzazione a cui ciascuno di essi dà luogo" (37).

La *soft law* letta in una prospettiva ordinamentale offre dunque una forma concreta al processo con cui una qualsiasi istituzione garantisce l'osservanza ai suoi precetti.

ABSTRACT: Il fenomeno della c.d. *soft law*, intesa come diritto privo di coercibilità in senso tradizionale, si presta a essere indagato in una prospettiva ordinamentale. Due sono le problematiche centrali che la nozione di *soft law* porta con sé: la prima attiene ai meccanismi attraverso cui se ne garantisce l'osservanza; la seconda è relativa al suo rapporto con la legge, o, meglio, con l'*hard law*, ossia con il diritto legislativo. È soprattutto nel diritto dell'Unione europea che la prospettiva ordinamentale della *soft law* emerge con maggiore chiarezza: la *soft law* europea è mezzo di regolazione di rapporti tra le istituzioni e si colloca a metà strada tra le fonti del diritto e la *governance* istituzionale. Nella dimensione europea la *soft law* è un particolare strumento che consente di superare un originario "vizio di competenza" dell'Unione. Le assonanze con i poteri impliciti delle istituzioni europee sono notevoli, anch'essi mezzi di erosione delle sfere di competenza degli Stati membri. Ma pure a livello nazionale la mancanza di forza cogente intesa in senso tradizionale degli atti di *soft law* nasconde la forza sostanzialmente politica dei medesimi: essi sono tipica fonte di un ordinamento che utilizza canali diversi dalle procedure formali tipiche delle istituzioni costituzionali.

Soft law, as law not legally binding in the traditional sense, can be approached in a systematic perspective. Particularly, soft law raises two central issues: the mechanisms of compliance to soft law and its relationship with the law, or, better, with hard law, that is law legally binding. In European Union order the systematic

perspective emerges with greater clarity: European soft law regulates relations between the European institutions; it is halfway between the sources of law and institutional governance. In the European dimension, soft law is a particular tool that removes an original “vice of competence” of the Union. In this way soft law recalls the implied powers of the European institutions, as it erodes in the same way the spheres of competence of the Member States. But even at national level, the lack of binding force in the traditional sense hides the political force of soft law: soft law represents a typical source for legal order which asks for instruments other than the formal procedures of constitutional institutions.

Note:

(1) L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004; A. Poggi, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in www.rivistaaic.it; E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010, 36 ss.

(2) V. Ottaviano, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 833 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1992, 91 ss.

(3) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946, spec. 176 ss.

(4) V. Ottaviano, *Sulla nozione*, cit., 94-95.

(5) Con il che la dottrina istituzionale e la dottrina normativa risultano non solo non in contrapposizione fra loro, bensì compatibili l'una con l'altra, visto che la dottrina istituzionale risolve il problema della vigenza della norma ritenendo che una norma per essere tale deve essere elemento costitutivo di un'istituzione, che ne assicura quindi l'efficacia; così ancora V. Ottaviano, *Sulla nozione*, cit., 95-98, spec. nt. 7. Sull'approfondimento del problema della vigenza di un ordinamento cfr. anche C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, spec. 180 ss.; e soprattutto la dottrina internazionalistica, tra cui cfr., per tutti, R. Ago, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950, 81 ss., secondo cui tutte le norme “facenti parte di un dato sistema giuridico hanno sede nella coscienza dei membri della società in cui quel sistema è operante, le une (quelle consuetudinarie) perché vi sono direttamente e spontaneamente formate, le altre perché vi sono penetrate di riflesso, come il prodotto di un fatto giudicato come normativo da una norma preesistente”.

(6) G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, passim.

(7) Conseil d'État, *Étude annuelle 2013. Le droit souple*, Paris.

- (8) Parlamento europeo, Risoluzione sulle implicazioni istituzionali e giuridiche dell'impiego di strumenti normativi non vincolanti, 4 settembre 2007, 2007/2028(INI).
- (9) In questo senso T. Giaro, Dal soft law moderno al soft law antico, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 83 ss., 88.
- (10) A. Somma, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*; B. Pastore, *Il soft law nella teoria delle fonti*; R. Volante, *Il soft law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*, tutti in A. Somma (a cura di), *Soft law*, cit., rispettivamente 153 ss., 117 ss. e 175 ss.
- (11) Sul complessivo fenomeno cfr. T. Scovazzi (a cura di), *Corso di diritto internazionale*, II parte, II ed., Milano, 2015, 177 ss.
- (12) Oecd (Organisation for Economic Cooperation and Development), *Principles of Corporate Governance*, in www.oecd.org.
- (13) Bcbs (Basel Committee on Banking Supervision), *History of the Basel Committee and Its Membership*, in www.bis.org/bcbs/history.pdf.
- (14) R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law*, cit., 31 ss.
- (15) Su questo processo cfr. L. Russo, *Gli standard privati per la produzione alimentare nel commercio internazionale*, in A. Somma (a cura di), *Soft law*, cit., 133 ss.; M. Ramajoli, *La giuridificazione del settore alimentare*, in questa Rivista, 2015, 657 ss.
- (16) A. Di Robilant, *Genealogies of Soft Law*, in 54 *Am. J. Comp. L.* 499, 2006, spec. 519 ss.
- (17) Sulla self regulation sia consentito rinviare a M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 53 ss.
- (18) P.G. Monateri, *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, in www.sisdic.it.
- (19) Nel caso dei poteri impliciti “la legittimazione raramente scaturisce da una disposizione di legge che espressamente la contempli, mentre ordinariamente essa deve essere ricavata deduttivamente dall'interprete in sede di ricostruzione ermeneutica del significato precettivo della norma che indirizza l'attività dell'amministrazione al perseguimento di determinate esigenze pubbliche” (N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 476).
- (20) Così, l'art. 10, comma 1, della Legge Regionale della Lombardia, 5 ottobre 2015, n. 30, (*Qualità, innovazione ed internazionalizzazione nei sistemi di istruzione, formazione e lavoro in Lombardia*) dispone che “la certificazione a

seguito di frequenza dei percorsi di istruzione e formazione professionale nonché dei percorsi di formazione continua, permanente e di specializzazione e la certificazione in ambito non formale e informale fanno riferimento alla raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 sulla costituzione del Quadro europeo delle qualifiche per l'apprendimento permanente (EQF)".

(21) "Il Governo è delegato ad attuare, con decreti legislativi..., la revisione delle vigenti disposizioni antielusive al fine di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto, in applicazione dei seguenti principi e criteri direttivi, coordinandoli con quelli contenuti nella raccomandazione della Commissione europea sulla pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012" (art. 5, comma 1 della legge 11 marzo 2014, n. 23, contenente Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita).

(22) Corte di Giustizia, 13 dicembre 1989, C-322/88, Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles.

(23) Cfr. F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, 2012, spec. 107 ss.; S. Del Gatto, *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, Napoli, 2012; F. Giglioni, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa, 2012, spec. 151 ss.

(24) Si pensi alle Linee guida generali di politica economica approvate dal Consiglio UE, su proposta della Commissione (sulle quali cfr. A. Pisaneschi, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, II ed., 230): non potendosi trasferire le politiche economiche a livello europeo si creano strumenti di soft law per ottenere un risultato simile.

(25) Ad esempio, il procedimento di deficit eccessivo contempla anche una disciplina fondata su atti normativi EU ordinari e una procedura di sanzione; cfr. V. Gioni e F. Merusi, *Politica economica e monetaria*, in M.P. Chiti e G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, III, 1453 ss., spec. 1470 ss.

(26) V. Ottaviano, *La regolazione del mercato*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1979, vol. III, 435 ss., e ora anche in *Scritti giuridici*, cit., vol. III, 53 ss., 53.

(27) V. Ottaviano, *La regolazione del mercato*, cit., 72.

(28) Secondo la nota espressione di A. Predieri, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997.

(29) Cfr., sul punto, M. Ramajoli, *Self regulation*, cit., 53 ss.

(30) L'Anac, "attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce 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, comma 2, del codice dei contratti pubblici). In tema cfr., per tutti, L. Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016. Il presunto potere di soft law dell'Anac, che presenta caratteristiche del tutto particolari, sarà oggetto di un successivo specifico studio, cui si rinvia.

(31) Basti pensare, negli anni Ottanta del secolo scorso, al Garante nel settore dell'editoria, sui cui poteri soft cfr. G. Falcon, *Il "primo", il "secondo" ed il "terzo" garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in F. Bassi e F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 69 ss.

(32) Su questo principio e sulla sua applicazione specie in ambito societario cfr., da ultimo, C. Pistocchi, *Appunti sul codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Giur. Comm.*, 2016, 171 ss.

(33) Per i lineamenti di una teoria di questa particolare tipologia di atti amministrativi ancora insuperato è F. Bassi, *La norma interna*, Milano, 1963, cui si deve la distinzione tra forme di riconoscimento pieno e forme di riconoscimento parziale delle norme interne.

(34) Cfr. R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, II ed., 538; M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, 2015, 683 ss.

(35) Ben descritto da M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

(36) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 9 ss.

(37) V. Ottaviano, *Sulla nozione*, cit., 94.