

## PREMESSA

La tesi intende offrire un'analisi relativa agli strumenti di *soft law* che sempre più, con il passare del tempo, hanno letteralmente invaso le nostre fonti del diritto, rischiando di mettere in crisi i principi della cultura giuridica tradizionale.

Si tratta di un fenomeno che ha riscosso un crescente successo tra gli studiosi sin dalla nascita di tale espressione all'inizio degli anni settanta del novecento, nell'ambito della dottrina anglosassone di stampo internazionalistico. Le sue caratteristiche di flessibilità, derivante dal loro carattere non immediatamente precettivo (che costituisce invece aspetto tipico delle norme giuridiche) e di speditezza e partecipazione relative al loro procedimento di adozione, hanno permesso una sua proliferazione nell'ambito di numerose istituzioni, dapprima nell'ambito del diritto internazionale, per poi diffondersi progressivamente anche negli altri ordinamenti giuridici, ossia nel diritto comunitario, negli ordinamenti giuridici dei singoli Stati, fino a raggiungere il diritto "astatuale".

In via preliminare verranno definite origini e funzioni del termine. Si avrà modo di constatare come le prime affondino le proprie radici nella crisi del principio di legalità, nato dal tramonto dello Stato assoluto, di cui si è fatto largo uso ai fini del rafforzamento del potere politico a partire dalla fine del XVIII secolo e fino all'avvento delle costituzioni del XX secolo. Si tratta di un principio che, unitamente a quello della certezza del diritto, ha costituito la fondamentale ideologia del positivismo giuridico ottocentesco su cui si fonda lo Stato nazione di derivazione liberale il quale, a sua volta, considerava la subordinazione alla legge di tutte le altre fonti

attraverso una svalutazione del diritto consuetudinario e giudiziario.

Una crisi, quella della legge formale, che scaturisce dalla sua incapacità di gestione di una realtà socio-economica sempre più complessa ed in continuo mutamento.

Successivamente verrà proposta, senza alcuna pretesa di esaustività, una breve analisi delle molteplici forme di manifestazione, su vari 'livelli', di questo fenomeno di produzione normativa. Un fenomeno che, almeno in apparenza, potrebbe essere definito come *extra ordinem* (o, più incisivamente, *contra ordinem*, come risulta, in maniera emblematica, dalla sua manifestazione nell'ambito del diritto comunitario) e, in alcuni casi, addirittura alternativo a quello istituzionale, per via soprattutto della sua impossibilità ad essere ricondotto, sotto alcuni aspetti, alle fonti di produzione di carattere autoritativo ma che, tuttavia, come avremo modo di constatare in seguito, ha la capacità di apportare ad esse un proprio decisivo contributo.

## CAPITOLO PRIMO

### LINEE GENERALI DELLA *SOFT LAW*

SOMMARIO: 1.1 Significato e funzioni – 1.2 La centralità del pluralismo normativo nel dibattito sul diritto morbido – 1.3 Origini storiche del termine – 1.4 La dicotomia tra *Hard* e *Soft Law* – 1.5 Elaborazione dottrinale – 1.6 Estraneità strutturale della *Soft law* al mondo del diritto? – 1.7 Crisi del positivismo giuridico e diffusione della *Soft law* – 1.8 Natura consensuale degli strumenti di *Soft law* e differenze con *Self* e *Reflective regulation* – 1.9 Accertamento della giuridicità della *Soft law*

#### **1.1 Significato e funzioni**

Il panorama giuridico contemporaneo è caratterizzato da una produzione di regole spesso affidata a soggetti non abilitati o che operano secondo procedure non codificate da nessuna norma sulla produzione, creando strumenti precettivi di tipo informale che, seppur non abilitati formalmente da alcuna norma di riconoscimento, generano regole di condotta di natura giuridica.

Il concetto di *soft law* permette di sistemare, teoricamente ed in maniera unitaria, una serie di procedure, atti, strumenti e norme *extra ordinem* che si pongono in competizione con le norme legittimamente in vigore ed a cui fanno ricorso sempre più di frequente gli attori istituzionali di stampo nazionale, comunitario ed internazionale,

nell'ambito delle loro azioni politiche, istituzionali e giuridiche.

L'avanzata della *soft law*, all'interno dei dibattiti relativi alla modificazione del sistema delle fonti del diritto, rappresenta un aspetto controverso. Da una parte essa viene considerata come il risultato della crisi del positivismo giuridico, un'alternativa all'utilizzo della *hard law*; dall'altra come l'articolazione interna di un sistema graduato di normatività.

La denominazione *soft law* indica un diritto non vincolante ma, allo stesso tempo, non privo di conseguenze, quantomeno sul piano fattuale. Potrebbe essere considerata alla stregua di un quasi-diritto per via della mancanza di competenza legislativa di chi l'adotta. Competenza che, al contrario, costituisce la base del positivismo giuridico, che considera il diritto come un comando del legislatore, accompagnato da una sanzione (la cui ricostruzione teorica del termine non è del tutto unilaterale<sup>1</sup>) in caso di inosservanza<sup>2</sup>.

L'efficacia non immediatamente vincolante degli strumenti di *soft law* è da intendersi in senso ampio e atecnico. Si potrebbe sostenere, più correttamente, che tali atti abbiano una parziale efficacia giuridica, produttiva solo di alcune tipologie di effetti, e che l'esplicazione della restante parte di essi sia invece preclusa; un'ulteriore definizione è quella di norme giuridiche caratterizzate da incompletezza<sup>3</sup>.

- 
- 1 I principali indirizzi dottrinali in materia sono due: il primo considera la sanzione come reazione alla commissione di un illecito, quindi una reazione dell'ordinamento a tale devianza, una conseguenza puntuale della violazione di una determinata disposizione positiva (M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1993, 194); il secondo indirizzo considera la sanzione come un meccanismo di controllo sociale, anche non direttamente punitivo, per il tramite del quale si va a ripristinare l'equilibrio di un determinato sistema nel momento in cui esso risulti essere in qualche misura minacciato (G. GAVAZZI, *Sanzione. I) Teoria generale*, voce in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 2).
  - 2 T. GIARO, *Dal soft law moderno al soft law antico*, in A. SOMMA (a cura), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 83
  - 3 M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, 2006, 99

Una caratteristica peculiare degli strumenti di *soft law* sembrerebbe essere quindi rappresentata dalla mancanza di reazione in caso di inadempimento delle regole da essi poste. La mancanza di reazione si sostanzia nella esclusione di coazione, intesa nel senso specifico di sanzione in via diretta.

Nel caso in cui, sia la sanzione che la coazione fossero ritenute elementi caratterizzanti e di cui non è possibile fare a meno all'interno della norma giuridica, la ricostruzione della *soft law*, intesa in termini di fonte del diritto, sarebbe irrimediabilmente vana.

Si tratta di un interrogativo già posto da autorevole dottrina; e cioè se, in presenza di un comando non sanzionato, si abbia a che fare con un comando genuino o con una mera raccomandazione. O ancora, secondo una diversa prospettiva, se si possa affermare la presenza di un obbligo in capo ad un soggetto nel momento in cui, la violazione della norma che lo impone, sia totalmente priva di conseguenze. Secondo tale dottrina, molti filosofi del diritto (tra cui H. L. A. Hart), sostengono che questo sia possibile. L'autore aggiunge però che, questa visione, renderebbe privo di distinzioni il comando dalla raccomandazione, concludendo quindi per la maggiore sensatezza di una soluzione negativa, e per l'affermazione di una relazione necessaria tra comando, sanzione ed obbligo. Per cui non vi sarebbe comando senza sanzione; non vi sarebbe obbligo senza comando e, infine, non si avrebbe obbligo senza sanzione<sup>4</sup>.

Il diritto morbido ha la capacità di svolgere numerose funzioni nei confronti della legge. Una prima funzione di tipo preliminare, che accompagna la nascita di norme giuridiche; una funzione interpretativa di clausole generali o di codici dell'etica professionale o

---

4 R. GUASTINI, Introduzione a T. GRECO (a cura), N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 2012, XIII

ancora, una di tipo sostitutivo o alternativo alla legge, che permetterebbe di aggirare eventuali vizi di competenza, dando così la possibilità ai suoi destinatari di adottare volontariamente un progetto di autoregolazione<sup>5</sup>.

La *soft law* comprende al suo interno una serie di fenomeni talmente eterogenei che risulterebbe inadeguato classificarla semplicisticamente come una particolare tecnica di regolazione. Così come vi è, infatti, la possibilità di rinvenire norme di *soft law* che siano espressione di formulazioni normative dotate di particolare precisione, al pari di una norma di diritto cogente, analogamente, vi sono numerosi esempi di regole di diritto morbido caratterizzate dall'utilizzo di clausole di tipo generale e non invasivo.

Davanti all'ottimismo degli studiosi di materie abituate a confrontarsi con la crisi o l'inadeguatezza della mediazione dello Stato, vi è, per contro, la sfiducia dei cultori di quelle discipline fondate invece sulla centralità di tale mediazione, come nel caso del diritto penale, secondo cui la *soft law* andrebbe a violare quelle che sono le massime fondamentali della materia, quali il principio della riserva di legge o il divieto di analogia.

La tendenza, è quella di considerare diritto anche ciò che si forma secondo le procedure della normativa negoziata, al di fuori del circuito democratico, ed in contrasto con il principio della separazione dei poteri, nella mescolanza tra le due sfere del pubblico e del privato<sup>6</sup> su cui si basa la logica moderna. Tali confini andranno via via sfumando, indebolendo la rigidità della struttura dello Stato ed il concetto di autoreferenzialità del diritto<sup>7</sup>.

---

5 GIARO, *Op. cit.*, 84

6 A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 1

7 V. GIORDANO, *Autorità, poteri, diritti. Risemantizzazioni del linguaggio globale*, in S. PERONGINI (a cura), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 62

Questa progressiva tendenza all'espansione della nozione di diritto alimenterebbe, al tempo stesso, una forte preoccupazione per il dilagare di una cultura anti-politica. Una cultura volta al rifiuto di quella democrazia partecipativa<sup>8</sup>, che la Costituzione repubblicana definisce come uno dei fini generali dell'azione della Repubblica<sup>9</sup>.

## **1.2 La centralità del pluralismo normativo nel dibattito sul diritto morbido**

L'analisi del fenomeno della *soft law*, agli occhi del filosofo del diritto, mostra invece come, un ordinamento a normatività graduata, in cui *soft law* e *hard law* coesistono, in un rapporto di complementarità e non di contrapposizione, trasformi l'applicazione di un testo in un'interazione solidale tra più soggetti, rafforzando quel pluralismo giuridico che Norberto Bobbio definì, in un'intervista dei primi anni settanta, come «quel modello di società in cui il potere è distribuito tra più gruppi, anche in contrasto tra di loro, in modo da poter evitare l'eccessiva concentrazione dello stesso nell'uno o nell'altro gruppo, sulla base del principio secondo cui è giusto che il potere controlli il potere».

La centralità del pluralismo, e l'importanza del suo

---

8 U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, 2010, 7, secondo cui la democrazia partecipativa viene definita «per differenza dalle nozioni più consolidate con cui confina, democrazia rappresentativa e democrazia diretta, come una sorta di entità intermedia tra loro e che con esse si incrocia. Configura infatti una interazione, entro procedure pubbliche, soprattutto amministrative, ma anche normative, fra società e istituzioni, che mira a pervenire, mediante sia collaborazione che conflitti, alla produzione, volta a volta, di un risultato unitario, imputabile a entrambi questi soggetti»

9 L'espressione «democrazia rappresentativa», desumibile, attraverso richiami indiretti, nella maggior parte delle costituzioni democratiche fondate appunto sulla sovranità popolare, è invece espressamente prevista nell'art. 2 della costituzione portoghese («o aprofundamento da democracia participativa»).

rafforzamento, costituiscono, d'altronde, un tema di primario interesse, facilmente individuabile in quella dottrina che lo ha qualificato come «il protagonista di un romanzo in possesso di tutti i requisiti utili a catturare le attenzioni e le simpatie dei lettori: relativamente giovane, anche se il punto non è univoco, ribelle per via dell'evidente distanza dal formalismo ed, infine, controverso»<sup>10</sup>.

Preme sottolineare che, gli studi relativi al pluralismo giuridico, hanno conosciuto un rinnovato vigore proprio in seguito a quel fenomeno di crisi che ha investito gli Stati-nazione. Tale crisi vede, tra le sue principali cause, da una parte, la riaffermazione di antiche e l'emersione di nuove identità collettive, accompagnata dalla loro relativa richiesta di riconoscimento, nonché; dall'altra, la nascita di rapporti economici, che hanno dato vita a modelli giuridici in grado di scavalcare i confini nazionali, utilizzando regole non tradizionalmente riconosciute dalla scienza giuridica e, sovente, in conflitto con il diritto positivo, tanto da condurre alcuni autori a preferire l'utilizzo della locuzione “pluralismo normativo”, in luogo di “pluralismo giuridico”, affinché la sua copertura venisse estesa soprattutto a questi fenomeni di *soft law*<sup>11</sup>.

Tali studi, evidenziano la crisi di quella relazione giuridica verticale tra il cittadino e lo Stato, che favorisce piuttosto l'utilizzo di percorsi decentrati e la nascita di una molteplicità di forme di esercizio dell'autorità.

Sarà tuttavia necessario arginare quelli che sono i due pericoli cui può andare incontro una società pluralistica: uno di eccesso di pluralismo, e quindi di frantumazione e conseguente perdita di

---

10 R. MOTTA, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2004, 345

11 E. DIENI, *Diritto & Religione vs. "nuovi" paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, Milano, 2008, 90 ss.

riferimenti fondanti e, l'altro, di difetto di pluralismo, inteso come tendenza verso la concentrazione. Una società pluralistica, deve essere in continuo equilibrio tra il pericolo di anarchia, da una parte, e quello di affermazione di un potere monocratico dall'altra.

E' necessario, quindi, valutare con attenzione la legittimazione del diritto morbido, intesa come capacità di efficienza e di adeguamento alla complessità contemporanea, per non cadere in quelle crisi che possono sorgere, come sostenuto dal giurista Guido Rossi, «quando il diritto fa vacanza».

### **1.3 Origini storiche del termine**

Il fenomeno della *soft law* non è affatto nuovo, ma viene a volte dichiarato tale soltanto per una questione di pura ignoranza storica da parte dei giuristi moderni.

L'attuale disconoscimento delle sue antiche origini fu oggetto di profezia già da parte di Norberto Bobbio, il quale affermò che, l'argomento in analisi, sarebbe stato scambiato per una novità da parte di molti ricercatori a causa di una certa sordità, intesa come ignoranza nei confronti del diritto romano, a volte voluta, a volte naturale, verso la storia di tale fenomeno<sup>12</sup>.

E' infatti possibile rinvenire numerose e rilevanti esperienze nel passato remoto, in cui tale forma di normatività era piuttosto ricorrente, prima della sua caduta in disuso con l'affermarsi della modernità, per poi essere successivamente riscoperta a seguito dell'attuale crisi della normativa espressa dall'ideologia della

---

12 N. BOBBIO, *Comandi e consigli*, in *Raccolta Arturo Carlo Jemolo*, vol. 4, Milano, 1963, 75

codificazione.

Le origini dell'espressione *soft law* sono riconducibili alla codificazione di Hammurabi (XVIII sec a.C), al cui interno si rinvencono numerose prescrizioni relative a contratti, tutela del debitore, diritti reali, successioni e diritto di famiglia, tutte prive di sanzione<sup>13</sup>.

Ma quello che, più avanti nel tempo, verrà considerato *soft law* per eccellenza, è rappresentato da quel complesso di norme denominate *imperfectae*, perché prive di sanzione, rinvenibili nel diritto romano classico, appartenente all'epoca del principato, composto da numerosi strumenti di normatività debole, quali raccomandazioni, proposte e consigli.

Un arretramento della *soft law* è riscontrabile in età tardo antica, con il passaggio dal diritto giurisprudenziale casistico (che subirà, a sua volta, una scomposizione in amministrazione della giustizia affidata alle cancellerie imperiali, da una parte, e dottrina relegata nelle scuole di diritto dall'altra) all'autoritarismo legislativo. Già con il regno di Diocleziano vi è la produzione di compilazioni semiufficiali che costituiscono espressione del monopolio statale nella produzione del diritto. Monopolio che si realizzerà compiutamente con il regno di Costantino I, il Grande<sup>14</sup>. La *soft law* giurisprudenziale rinascerà in seguito, con la scuola dei glossatori bolognesi<sup>15</sup>.

Allo stesso modo, anche il diritto vigente, appartenente all'epoca postcodificatoria, è caratterizzato da un consistente arretramento dell'*hard law*.

---

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

14 U. VINCENTI, *La tendenza verso la codificazione nell'esperienza giuridica romana dei secoli IV-VI d.C.*, in C. TUGNOLI (a cura), *L'eredità dell'Europa. Momenti di formazione dell'identità europea nei secoli V-VIII*, Bologna, 1997, 27 ss.

15 T. GIARO, *Op. cit.*, 89 ss.

## 1.4 La dicotomia tra *hard* e *soft law*

A differenza delle procedure formali, tipiche della produzione di regole adottate dalle istituzioni politiche, la produzione di regole di *soft law* segue strade diverse.

Con il termine *governance*, si allude al superamento di tali procedure, un superamento dettato dalla spinta data, in questa direzione, da parte della globalizzazione e del mercato.

Numerose sono le conseguenze che scaturiscono dall'appartenenza o meno di una regola al diritto oggettivo, come avvenuto, ad esempio, nel caso di un decreto ministeriale di approvazione del regolamento di un gioco a premi, predisposto dall'ente gestore, e del dubbio relativo alla sua interpretazione, come atto normativo o regolamento contrattuale<sup>16</sup>.

Dilemmi di tal genere sono rinvenibili, di frequente, all'interno dei massimari di giurisprudenza, dove le risposte fornite dai giudici si rivelano spesso contrastanti.

Ci si interroga su cosa si intenda con il termine diritto e, se i diritti degli uomini, dipendano esclusivamente dalla legge. Relativamente alla prima domanda, il diritto viene considerato, in senso oggettivo, come l'insieme di tutti quei documenti normativi denominati volgarmente "legge". Un impiego in funzione di sinonimo, quasi a voler intendere l'indistinguibilità del diritto, inteso come insieme di norme, dalle sue fonti, e che, l'unica fonte del diritto, sia la legge<sup>17</sup>. Un termine che abbraccia le leggi in senso tecnico (atti del potere legislativo), la Costituzione (atto del potere costituente) ed i

---

<sup>16</sup> Cass. civile, sez. III, 31 luglio 2006, n. 17458, in *Massimario di giustizia civile*, 2006, 7-8

<sup>17</sup> R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, 90

regolamenti (atti del potere esecutivo)<sup>18</sup>. Una legge considerata, comunemente, come fonte del diritto per antonomasia<sup>19</sup>, manifestazione della volontà generale e fonte sovraordinata fino a tutto il periodo antecedente all'introduzione delle costituzioni rigide, caratterizzate dall'impossibilità di essere modificate per mezzo della legge ordinaria.

Il termine legge può essere utilizzato in contesti differenti e, ogni volta, assumere un significato diverso. In prima battuta indicherebbe un particolare insieme di regole o norme che disciplinano: «la repressione dei comportamenti giudicati socialmente pericolosi; l'allocazione ad individui e alla collettività di beni e di servizi; l'istituzione e l'assegnazione dei poteri pubblici<sup>20</sup>».

La risposta alla seconda domanda, non è facilmente rinvenibile nella miriade di codici, costituzioni o sentenze, ma è necessario porre a confronto i numerosi universi culturali, etici, religiosi e politici di cui è composta l'attuale società.

Lo studioso del diritto deve avere ben chiara, di fronte a sé, la distinzione tra ciò che è fonte del diritto e ciò che non lo è. Per fonte del diritto si fa riferimento esclusivamente all'atto previsto come tale da una norma di riconoscimento (*hard law*); estraneo a questo campo è la *soft law*, la quale può rilevare come un utile elemento strumentale alla ricostruzione delle intenzioni del legislatore e alla comprensione della legge.

Allo Stato, e al suo diritto, spetterà assicurare l'equilibrio tra le parti, fissando in termini generali diritti e doveri; spetterà invece alla *soft law* la precisazione dei contorni delle loro reciproche garanzie.

---

18 R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2014, 1

19 F. MODUGNO, *Legge. Ordinamento giuridico pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 4

20 G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 151

Alcuni autori, hanno inoltre indirizzato pesanti critiche alla volta del diritto morbido, considerandolo un non-diritto e un attacco alla legge per come concepita nello stato liberale, oltre che al principio di certezza del diritto<sup>21</sup>. Ma l'assenza di un'efficacia immediatamente vincolante che lo contraddistingue è in realtà da intendersi *lato sensu*, e non in maniera tecnica. La loro capacità di produrre solo alcune tipologie di effetti ne attribuisce la denominazione di norme giuridiche incomplete<sup>22</sup>.

La nostra analisi sulla *soft law* dimostrerà come, le norme del diritto duro, non possano più essere l'unica espressione degli interessi di una parte, né tanto meno gli strumenti per formulare concezioni di portata universale e inalterabile, imposta da un soggetto e subita da altri destinatari.

Il problema che si pone è quello di distinguere il diritto (un ordinamento giuridico) da ordinamenti normativi di altro tipo. Come sostenuto dalla dottrina, anche una ricetta di cucina costituisce di per sé un micro-ordinamento normativo, con delle sue regole da seguire ma, logicamente, nessuno si è mai posto il problema di distinguere quest'ultima dal diritto<sup>23</sup>. Tale distinzione avrà sicuramente un maggior rilievo nel campo della *soft law*.

## 1.5 Elaborazione dottrinale

I primi tentativi di descrivere il concetto di *soft law* provengono dalla dottrina di stampo internazionalistico e giuspubblicistico.

Alcuni individuano, come caratteristica peculiare di tali

---

21 L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 190

22 M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, 159

23 R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2014, 19

strumenti, la mancata creazione di diritti ed obblighi giustiziabili<sup>24</sup>.

Secondo altra dottrina, l'elemento caratterizzante è rappresentato dalla insufficiente maturità di questo complesso eterogeneo di tecniche regolative, utilizzate nei documenti ufficiali, per via di un contenuto non abbastanza particolareggiato e di uno scopo indeterminato, dal quale è possibile ricavare una natura programmatica e non normativa<sup>25</sup>.

Altri ancora, considerano tali strumenti come in possesso delle stesse caratteristiche della *hard law*, in grado quindi di influenzare e limitare la volontà e la libertà dei destinatari, ma allo stesso tempo capaci di lasciar spazio ad una *soft obligation* e non alla vera e propria insorgenza di un obbligazione giuridica<sup>26</sup>.

Nessuna delle formule appena enunciate sembrerebbe però racchiudere al suo interno tutte le molteplici espressioni di questo fenomeno.

La formula dottrinale, che più di tutte sembra soddisfare tale esigenza, è quella di Francis Snyder. Una formula onnicomprensiva secondo cui, quando parliamo di *soft law*, intendiamo far riferimento ad un complesso di strumenti, tecniche regolative e fonti di produzione contenenti regole di condotta che, pur assumendo forma scritta in documenti ufficiali, privi di forza legale vincolante, sono tuttavia in grado di ottenere degli effetti pratici concreti; tra questi vi è

---

24 R. BAXTER, *International Law in "her infinite variety"*, 1989, 565

25 R. J. DUPUY, *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la soft law* in *L'élaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse, Société Française de Droit International, Paris, 1975, 140

26 A. TAMMES, *Soft law*, in *Essays on International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, L'Aia, 1983, 187, secondo cui «From an examination of the basis of the practice it appears, on the one hand, that the term is intended to indicate phenomena that have the characteristics of "law" in their directive effect to influence the will and restrict the liberty of those to whom the "soft law" is addressed. On the other hand, it should be pointed out when referring to the term, that something is missing in the legal or binding nature of law as we know it from daily life, and even international life. What is it that can be lacking to prevent an international obligation from coming into existence, yet still leaves room for a soft obligation?»

la capacità di indirizzare ed orientare i comportamenti dei destinatari dei loro precetti<sup>27</sup>.

La caratteristica fondamentale, che è possibile dedurre da questa definizione, è rappresentata dalla capacità concreta delle regole contenute in tali strumenti, privi di forza giuridica vincolante, di condizionare i comportamenti dei destinatari, senza tuttavia prevedere alcuna sanzione in caso di mancato rispetto dei precetti contenuti in queste norme.

Gli effetti giuridici pratici creati da queste regole sono quindi indiscutibili, nonostante l'attenuata forza vincolante.

L'affermazione del diritto morbido comporta inoltre il rovesciamento dell'impostazione normativista, che vede in Hans Kelsen uno dei suoi massimi esponenti. Secondo tale teoria, il momento caratteristico della produzione giuridica è quello normativo, dal carattere prescrittivo e sanzionatorio, che pone in secondo piano l'aspetto relativo all'interpretazione, all'applicazione e quello di tipo giurisdizionale. Il concetto di ordinamento giuridico trova il suo punto di riferimento esclusivamente nelle norme poste in essere da parte dello Stato, che costituiscono l'unità di misura del sistema, ed identificano lo Stato con il diritto

La *soft law*, al contrario, non tiene conto della stesura della regola ma evidenzia, piuttosto, la sua produzione di effetti giuridici.

---

27 F. SNYDER, *Soft law and Institutional Practice in the European Community Law*, in S.MARTIN (a cura), *The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noël*, Dordrecht, 1994, 198, «Rules of conduct which in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effect»

## 1.6 Estraneità strutturale della *soft law* al mondo del diritto?

Gli strumenti in grado di ottenere la qualificazione di norma giuridica sono quindi, secondo la dottrina tradizionale, tutti quei comandi coattivi che non riguardano singoli casi o persone individuate, ma fattispecie ipotetiche e categorie tipiche di destinatari.

Pertanto, le caratteristiche classiche, che consentono ad una norma di attribuirle la qualificazione di norma giuridica, saranno: positività, intesa come effettiva vigenza di interessi all'interno della comunità cui essa fa riferimento e la cui predisposizione avviene tramite un'autorità esteriore, riconosciuta, ed attraverso determinate procedure; esteriorità, nel senso che l'oggetto della sua disciplina è rappresentato dal comportamento esterno dei soggetti e non anche dai loro stati psichici interiori. In questo modo, l'esteriorità contrappone la norma giuridica (eteronoma) alla norma morale (autonoma), quest'ultima intesa in senso kantiano anche come legge interiore dell'individuo; generalità ed astrattezza, intese come attitudine alla regolazione di intere categorie di fatti o di comportamenti di soggetti non identificabili né a priori, né a posteriori, ma con un potenziale applicativo non determinabile<sup>28</sup>; ed infine coattività<sup>29</sup>.

Una norma giuridica è coattiva se l'ordinamento predispone gli strumenti più idonei all'osservazione o esecuzione del precetto, anche in mancanza della volontà del destinatario.

Ed è proprio la possibilità di ricorrere a tali strumenti, in ultima istanza, che permette di distinguere la regola giuridica da comandi di differente natura sociale, morale, etica o religiosa.

La sanzione avrà, invece, in caso di violazione della norma, la

---

28 V. COCOZZA, *Percorsi ricostruttivi per la lettura della Costituzione italiana*, Torino, 2016, 58

29 T. MARTINEZ, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1998, 56

funzione di riportare l'equilibrio che sarebbe stato assicurato dal rispetto del valore in oggetto, meritevole di protezione, da parte dell'ordinamento giuridico.

L'assenza di uno strumento punitivo in caso di violazione della norma, di una sanzione intesa nel senso tradizionale del termine, non deve confondere lo studioso, il quale potrebbe erroneamente pensare che, tale mancanza, non permetta di considerare gli strumenti oggetto di analisi come fonte di *law*.

I destinatari della *soft law* sono, infatti, soggetti a *soft obligations* che possono comportare, in caso di violazione, sanzioni di stampo economico, politico o amministrativo che, seppur non statuite da un'autorità giurisdizionale, influenzano i comportamenti dei destinatari.

L'analisi svolta fino ad ora, ci ha dato la possibilità di delineare un quadro generale della *soft law*, intesa come un complesso di numerose fonti di produzione di regole, rientranti nell'ambito della giuridicità, sia pure di tipo attenuato.

Questi strumenti di produzione del diritto, non sono menzionati in alcuna delle norme giuridiche sulla produzione (contenute in qualsivoglia ordinamento di tipo statale, comunitario o internazionale), istituzionalmente destinate ad individuare gli atti o fatti in grado di essere fonte di produzione di regole di condotta aventi rilevanza giuridica.

Vi è, da sempre, una scarsa predisposizione ad accompagnare il sostantivo diritto con un aggettivo in contrasto con esso, quale "attenuato" o "morbido". Un ossimoro, quindi, che comporterebbe il disfacimento di oltre un secolo di cultura basata sul positivismo giuridico.

L'accettazione di questa combinazione comporterebbe il bisogno

di ritoccare, dal punto di vista della dottrina, la tradizionale teoria relativa all'individuazione delle fonti, intesa come una ricerca unicamente di diritto positivo<sup>30</sup>.

E' necessario, dunque, il passaggio da una nozione di fonte del diritto di tipo formale, ad una di tipo materiale, secondo la quale sia possibile individuare il contenuto ed il risultato pratico di uno strumento regolativo, allo scopo di conoscerne l'effettiva portata normativa.

In una prospettiva di tal genere, sarà possibile prendere in considerazione il diritto morbido come una nuova manifestazione di giuridicità, destinata ad espandersi sempre più in futuro, in un vero e proprio dialogo tra consociati ed istituzioni.

La giuridicità di una norma è quindi identificabile nella capacità di essere seguita e applicata da tutti i suoi destinatari, sia pubblici che privati, quindi nella sua concreta effettività giuridica.

### **1.7 Crisi del positivismo giuridico e diffusione della *soft law***

Una delle maggiori cause di diffusione della *soft law* è sicuramente rappresentata dalla crisi del positivismo giuridico su cui si fonda lo Stato nazione di derivazione liberale, affermatosi attraverso il principio di legalità, ed il cui elemento comune, individuato dalle numerose riflessioni giusfilosofiche sul positivismo giuridico, è rappresentato dalla tesi meta-teorica secondo cui vi è la possibilità di distinguere tra il modo in cui il diritto è e quello in cui il diritto

---

30 Tra i sostenitori di tale impostazione G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984; T. MARTINEZ, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1998; G. ALPA, *I principi generali e le fonti del diritto*, in *Politica del diritto*, 1992, 635 e ss.

dovrebbe essere<sup>31</sup>.

Dello stesso parere è l'affermazione di John Austin, secondo cui «l'esistenza del diritto è una cosa, i suoi meriti o demeriti un'altra. Se esso esista o meno, costituisce un certo tipo di indagine, se esso si conformi o meno ad uno standard assunto, costituisce un altro tipo di indagine. Una legge che effettivamente esista, è tale anche quando non ci piaccia o sia difforme dal parametro sul quale regoliamo la nostra approvazione o disapprovazione<sup>32</sup>».

Tra i fattori che maggiormente hanno influito in questa crisi del positivismo, vi è la nascita di teorie anti-giuspositivistiche, introdotte nella seconda metà del Novecento, che hanno criticato la tesi hartiana secondo la quale il diritto andava necessariamente separato dalla morale. Degna di nota è la critica mossa da Dworkin nel 1967 all'opera di Hart, *The Concept of Law* del 1961, considerata uno dei capisaldi della giurisprudenza anglosassone.

Secondo il principio di legalità, la legge rappresenta un atto regolativo a cui non è possibile opporre nessun altro potere, quale ad esempio quello di eccezione del re o di disapplicazione da parte dei giudici o ancora di resistenza dei singoli, in nome del diritto naturale o tradizionale. Il primato della legge, intesa come fonte di produzione giuridica per eccellenza, segnava così la disfatta delle tradizioni giuridiche dello Stato assoluto. Con lo Stato di diritto, quest'ultimo viene circoscritto alla sola legge, mentre tutte le altre fonti del diritto sono a questa subordinate o escluse.

Lo Stato liberale di diritto subirà un'ulteriore trasformazione, in Stato costituzionale, a metà del XX secolo. La particolarità di questa

---

31 A. SCHIAVELLO, *Il positivismo esclusivo*, in C. BONGIOVANNI, G. PINO, C. ROVERSI (a cura), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Torino, 2016, 62

32 J. AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza (1832)*, Bologna, 1995, 228

trasformazione riguarderà la stessa legge, che verrà a trovarsi in una posizione di subordinazione rispetto alla Carta Costituzionale. Il procedimento di costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici riguarda una «trasformazione dell'ordinamento al termine del quale lo stesso [...] risulta totalmente “impregnato” delle norme costituzionali»<sup>33</sup>.

Le difficoltà incontrate dalla legge formale nella gestione di una realtà socio-economica multiforme, riguardano anche le istituzioni internazionali e comunitarie, che trovano davanti a se strumenti giuridici obsoleti o inadeguati.

Lo sviluppo di tali nuovi strumenti di diritto morbido, risponde alla necessità di superare quelle logiche produttive, di stampo individualistico, che influenzano il comportamento degli attori privati e pubblici in numerosi settori della vita sociale.

Il tema della *soft law*, sorge quindi come conseguenza della crisi del positivismo, il quale considerava la produzione di diritto un potere esclusivo della sovranità nazionale<sup>34</sup>, in linea con quanto espresso dal filosofo e giurista inglese Jeremy Bentham, secondo cui «ciò che non è nel codice, non è diritto», e la cui fondamentale caratteristica era rappresentata dalla capacità di definire in maniera costante il diritto in funzione della coazione, quest'ultima considerata suo elemento tipico ed essenziale<sup>35</sup>.

Questa crisi del positivismo ha comportato un processo di decodificazione, di deperimento del codice, dovuto all'opera di dottrina, giurisprudenza, leggi speciali e Costituzione.

Soprattutto in relazione a quest'ultima, possiamo affermare

---

33 R. GUASTINI, *La “costituzionalizzazione” dell'ordinamento italiano*, in *Ragion pratica*, 11, 1998, 185

34 R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, p. 91 ss.

35 N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, 171

come, i principi costituzionali, racchiudano al loro interno un diritto mite, ispirato ai valori del pluralismo normativo e del compromesso politico<sup>36</sup>.

### **1.8 Natura consensuale degli strumenti di *soft law* e differenze con *self* e *reflective regulation***

Nella dottrina inglese degli anni settanta, il termine *soft law* viene utilizzato con riferimento ad atti normativi in senso lato, caratterizzati dalla mancanza di quell'efficacia immediatamente vincolante che costituisce l'aspetto tipico della generalità delle norme giuridiche<sup>37</sup>.

Il significato di tale espressione, ha successivamente conosciuto un processo di estensione progressiva che ha permesso di includere, al suo interno, un insieme eterogeneo di atti e fatti normativi, non riconducibili alla normale tipologia delle fonti del diritto di tipo autoritativo, per via della loro debole efficacia giuridica o del carattere partecipativo previsto dal loro iter di adozione<sup>38</sup>.

La mancanza di autoritatività di tali strumenti viene interpretata, nel linguaggio corrente dei giuristi, da un lato, facendo riferimento alla loro non vincolatività, quindi come «rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects<sup>39</sup>» o «atti non omogenei quanto a origine e natura che, pur privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in

---

36 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 11

37 A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, 2006, 499

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

39 F. SNYDER, *op. cit.*, 198

vario modo, giuridicamente rilevanti<sup>40</sup>» o ancora facendo riferimento al fatto di essere caratterizzati da una «certain proximity to the law or a certain legal relevance<sup>41</sup>». Dall'altro, facendo riferimento al loro iter di adozione, che vede la partecipazione degli stessi soggetti regolati al procedimento di normazione, quindi «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<sup>42</sup>».

Il presupposto comune, rinvenibile all'interno di queste due interpretazioni, è rappresentato dalla natura consensuale di questi strumenti.

Infatti, sia nel caso della non vincolatività, che del coinvolgimento dei soggetti destinatari della regolazione nella stesura delle norme, il consenso di questi ultimi esercita un ruolo fondamentale, sia nel momento della creazione che, in mancanza di strumenti di coazione, nel momento di applicazione di queste regole<sup>43</sup>.

E' necessario evidenziare, sulla base della dicotomia appena analizzata, le differenze che intercorrono tra le nozioni di *soft law*, da un lato, e di *self e reflexive regulation* dall'altro.

Con la locuzione *self regulation*, intesa anche come «relationship between binding legislation and voluntary agreement<sup>44</sup>», ed in particolare con l'utilizzo del termine *soft*, che sembrerebbe riportare all'idea di un procedimento di tipo volontario, non sottoposto ad alcun

---

40 B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e Diritto*, 2003, 5

41 D. THURER, *The Role of Soft Law in the Actual Process of European Integration*, in O. JACOT-GUILLARMOD, P. PESCATORE (a cura), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un espace économique européen?*, Zurich, 1990, 131

42 J.J. KIRTON, M.J. TREBILCOCK, *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Aldershot, 2004, 9

43 E. MOSTACCI, *Op. cit.*, 2

44 E. BEST, *Alternative regulation or complementary methods? Evolving options in European Governance*, Eipascope, 2003/1, 3

tipo di coinvolgimento governativo o legislativo, si fa invece riferimento a due differenti combinazioni di coinvolgimento del soggetto pubblico.

Il primo è il caso in cui un gruppo di soggetti, o una formazione sociale esponenziale di essi, pone autonomamente le regole che lo riguardano, svolgendo una piena funzione di definizione delle stesse, in modo libero o, nel secondo caso, svolgendo una funzione di tipo ridotto, ossia seguendo le linee guida poste dal legislatore<sup>45</sup>.

Questa seconda tipologia può essere definita anche di *co-regulation*, nel senso che, il soggetto pubblico regolatore, pone in essere un'attività di supervisione e rafforzamento delle regole adottate, in modo da renderle più efficaci, con il conseguente vantaggio di ottenere una maggiore flessibilità rispetto a quella che si otterrebbe utilizzando una regolazione di tipo diretto, nonché una riduzione dei rischi derivanti da un approccio eccessivamente regolatorio<sup>46</sup>.

Allo stesso tempo, la *self-regulation* potrebbe portare con sé lo svantaggio, in caso di regolazione esclusiva ad opera di soggetti privati, di attribuire ad essi un ruolo di eccessiva centralità, caratterizzato da interessi diversi da quelli che verrebbero perseguiti attraverso un'azione regolatoria di stampo classico, ed in grado di sviluppare una forza smisurata nel mercato di loro interesse.

E' necessario precisare, su questo punto, che anche la sola presenza di una norma di riconoscimento statale, ne determinerebbe il carattere corregolamentare<sup>47</sup>; resta invece di natura autoregolamentare l'atto per il quale, e fino al momento in cui, il potere pubblico non

---

45 O.H. DOMBALAGIAN, *Self and Self-Regulation: Resolving the SRO Identity Crisis*, in *1 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 2007, 329

46 A. CANEPA, *La Governance dei trasporti nel Regno Unito fra Iper-regolazione, frammentazione e Rischi di policy divergence*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA, *La politica dei trasporti in Europa: Verso uno spazio unico?*, Torino, 2015, 138

47 N. GRECO, *Consistenza, articolazione e ambiguità della "regolazione"*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2004, n.3-4, 18

intervenga per dettare una parte rilevante della disciplina, anche solo tramite mere prescrizioni di principio.

La *self-regulation*, specialmente quella del primo tipo, non deve essere intesa come sinonimo di assenza di regole. Delle regole da rispettare sono infatti presenti ma, l'aspetto caratteristico, è dato dal fatto che, queste regole, sono poste in essere dagli stessi soggetti che saranno tenuti alla loro osservanza<sup>48</sup>.

Con il termine *reflexive regulation*, detta anche regolazione di tipo cooperativo<sup>49</sup>, si intende invece la formazione di regole ad opera di diverse categorie di soggetti, in prima persona o tramite loro rappresentanze, al fine di disciplinare le loro relazioni reciproche o materie di comune interesse<sup>50</sup>.

I termini *self* e *reflexive regulation* risultano concettualmente separati da quello di *soft law*. I primi, infatti, fanno riferimento ai metodi di regolamentazione, ponendo una distinzione tra atti aventi un'origine di natura autoritativa ed atti nati da un processo di partecipazione degli stessi soggetti destinatari. Il diritto morbido, al contrario, si incentra maggiormente sull'efficacia giuridica *inter partes* delle norme. Il risultato pratico è che un atto di *self regulation* può essere, ma non necessariamente, un atto di *soft law*.

Approssimativamente possiamo sostenere che, un atto normativo, ha la caratteristica di imporsi ad una pluralità di soggetti indeterminati, quindi di avere efficacia *erga omnes*<sup>51</sup>; al contrario, un atto di origine privata, vincola solo chi abbia deciso, in maniera volontaria, di obbligarci in tal senso, in modo specifico o generico;

---

48 E. MONACI, *La struttura della vigilanza sul mercato finanziario*, Milano, 2007, 32

49 F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Politica del diritto*, 2001, 547

50 G. BRONZINI, *Dall'"Habeas corpus" all'"habeas mentem"*. *Soft law e autoregolamentazione nel lavoro postfordista*, in *Democrazia e diritto*, 1996, 225

51 A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1990, 22

esso può indirizzare quindi la condotta di soggetti terzi, ma senza la forza giuridica di vincolarli, poiché nei loro confronti è privo di efficacia immediatamente vincolante.

### **1.9 Accertamento della giuridicità della *soft law***

Non risulta essere operazione agevole, quella di individuare un confine nitido tra ciò che è giuridico e ciò che non lo è. Si tratta di una indicazione che dipende, in buona parte, dal punto di vista dell'osservatore<sup>52</sup>.

L'identificazione del diritto non è da rinvenire nelle costituzioni, nei codici, nelle leggi o nelle altre espressioni di diritto positivo, ma è necessario scendere in profondità, fino all'idea stessa del diritto. In alcuni casi, tale idea di diritto può essere così ampiamente radicata da poter fare a meno della cosa stessa, come nel caso della costituzione in Gran Bretagna<sup>53</sup>. Laddove quest'idea non è presente, invece, il diritto positivo sarà destinato allo smarrimento, in una moltitudine di lingue incomprensibili<sup>54</sup>.

Diviene quindi necessario delineare i caratteri fondamentali del diritto, in modo da poter scindere ciò che è giuridico da quello che, al contrario, giuridico non è.

Questa esigenza si pone intorno al XVII secolo, in un periodo storico preciso, caratterizzato dall'affermazione dello Stato assoluto<sup>55</sup>, in cui vi è la formulazione della cd. teoria coercitiva, la cui teorizzazione viene fatta risalire alle opere dell'illuminista tedesco

---

52 V. FERRARI, *Diritto e società*, Roma-Bari, 2006, 47

53 C. TURPIN, *British Government and the Constitution*, London, 1990, 19

54 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., Torino, 1992, 3

55 N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., Torino, 1979, 172

Thomasius, discepolo di Pufendorf, nello specifico ai suoi *Fondamenta juris et gentium* (Fondamenti di diritto naturale e delle genti), pubblicati nel 1705. Secondo tale teoria, la legge giuridica assume la connotazione di rimedio coercitivo, applicabile a quei soggetti i quali, contro natura, fanno un utilizzo improprio della ragione, turbando il regolare svolgimento della vita collettiva<sup>56</sup>.

Questa teoria raggiungerà un'elaborazione più matura nella sua formulazione classica, grazie all'opera di Rudolf Von Jhering, vissuto nella Germania di Bismark, secondo cui il diritto costituisce «l'insieme delle norme coercitive vigenti in uno Stato»<sup>57</sup>. Tale Stato è caratterizzato proprio dal fatto di detenere il potere coattivo, il quale viene disciplinato dalla norma giuridica. Tale potere coattivo viene inteso come la realizzazione di uno scopo mediante il soggiogamento di una volontà altrui che, secondo tale teoria, diviene la stessa ragione di essere del diritto, determinando un'inversione, rispetto alla tradizione, di mezzo e fine. Per cui la coazione, da carattere differenziale della norma giuridica volto a garantirne l'effettività, diviene la stessa ragione di essere del diritto.

La coazione viene intesa, quindi, come capacità del diritto di imporsi a coloro che sono ad esso soggetti, indipendentemente dalla loro volontà, attraverso il rinvio allo Stato, unico soggetto a detenere l'utilizzo esclusivo della forza necessaria ad indirizzare le condotte dei consociati.

Il binomio teoria coercitiva e Stato assoluto spiega per quale motivo storico, l'elemento coercitivo, assunse un rilievo tale, portando al tempo stesso ad interrogarsi sui caratteri del diritto negli Stati

---

56 G. DIONI, *Il dovere morale interiore come obligatio perfectior externa nel giusnaturalismo di Christian Thomasius*, in F. LANCHESTER, T. SERRA, "Et si omnes...". *Scritti in onore di Francesco Mercadante*, Milano, 2008, 355

57 M. LOSANO (a cura), *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, 232, traduzione italiana di, R. V. JHERING, *Der Zweck im Recht*, vol. I, Leipzig, 1877

contemporanei, fondati sul principio democratico e sulla frammentazione del potere politico in diversi livelli decisionali.

La *multilevel governance* (governance a più livelli)<sup>58</sup> offre, infatti, un modello policentrico e non gerarchico di potere, in antitesi con quello dello Stato assoluto, che ha visto una progressiva limitazione del suo potere, dapprima concentrato nelle sole mani del Sovrano, fino alla sua divisione ed, infine, alla sua distribuzione.

Sul piano normativo si avrà una democratizzazione dei processi decisionali, con una valorizzazione delle autonomie ed un metodo legislativo di tipo classico, che lascerà spazio a regole di *non binding*, ad una società auto-regolamentata ed alla concertazione<sup>59</sup>.

Ai fini dell'accertamento della possibile giuridicità delle norme di *soft law*, sarà necessario effettuare tre importanti considerazioni. La prima ha per oggetto i caratteri differenziali della norma giuridica: imperatività, generalità, astrattezza della prescrizione ed exteriorità del comando (che sono stati analizzati sopra).

Viene considerata pacifica, o al massimo da esaminare caso per caso, la possibilità di attribuire tali caratteristiche al fenomeno oggetto della nostra analisi.

Quello che va necessariamente evidenziato, riguarda la messa in luce della specifica conseguenza derivante dalla possibile assenza di tali caratteristiche in un singolo atto, ossia l'esclusione di questo dalla categoria oggetto di analisi.

---

58 Espressione coniata da G. MARKS, *Structural Policy and Multilevel Governance in the EC*, in A. W. CAFRUNY, G. G. ROSENTHAL (a cura), *The State of the European Community, Vol. 2, The Maastricht Debates and Beyond*, 1993, 391 ss., per indicare, in ambito comunitario, una governance «che si contrappone al modello intergovernativo, proponendo uno spostamento di competenze verso l'alto e il basso a favore della Commissione e delle entità substatali», cit. L. DOMENICHELLI, *Le Regioni nella Costituzione Europea. Elogio delle virtù nascoste della consultazione*, Milano, 2007, 57 ss.

59 M. BARBERA, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell'ordinamento europeo*, in *Lavoro e diritto*, 2005, 350

Sarà sufficiente la presenza di un numero di tali atti piuttosto significativo, che ponga in essere norme di tipo generale, astratto, imperativo ed esteriore, caratterizzate dall'efficacia attenuata di cui sopra, perché si costituisca un fenomeno in cui la locuzione *soft law* possa realmente concretizzarsi.

La seconda osservazione ha per oggetto il legame degli strumenti di *soft law* con l'ordinamento giuridico in generale. Riveste una particolare utilità la distinzione del tipo di ordinamento all'interno del quale vi sia la partecipazione degli strumenti in esame, a seconda che questo sia nazionale, internazionale o comunitario. Tale distinzione risulta necessaria al fine di individuare le situazioni in cui questo legame presenti una certa evidenza e cioè solo nel caso in cui gli strumenti oggetto di analisi partecipino in via diretta ad un ordinamento formalizzato.

Un collegamento simile risulta invece assente per quegli strumenti completamente estranei a qualsivoglia ordinamento. Un esempio ci viene fornito dalla cd. nuova *lex mercatoria*, che verrà trattata nel prosieguo di questo lavoro, la quale risulta evidentemente priva di un collegamento diretto di tal genere. In questi casi è più agevole parlare di interferenze positive con i diversi ordinamenti piuttosto che di un vero e proprio legame.

Per quanto riguarda invece i legami tra gli atti di *soft law* ed i corrispondenti ordinamenti giuridici, questi possono essere stretti da una disposizione dell'ordinamento cui appartengono che svolga la funzione di norma di riconoscimento, attraverso una serie di rimandi normativi che generano una sorta di cascata ascendente, fino alla norma fondamentale di riferimento dell'ordinamento giuridico in questione<sup>60</sup>.

---

60 H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura*, 1952, 95

L'atto che appartiene ad un altro ordinamento giuridico necessiterà, invece, di un mero rinvio ad esso ad opera di una norma di quell'ordinamento in cui viene in concreto applicato, come avviene ad esempio nel caso della contrattazione collettiva in cui, secondo autorevole dottrina, l'ordinamento sindacale risulta essere autonomo dall'ordinamento giuridico generale<sup>61</sup>.

Le norme della contrattazione collettiva hanno piena efficacia esclusivamente per i soggetti che hanno aderito alle associazioni sindacali e datoriali stipulanti. Ed è proprio sulla posizione dei soggetti non sindacalizzati che, il riferimento in maniera espressa o implicita alle norme dell'ordinamento sindacale, da parte dell'ordinamento generale, conferisce valore generale a tali norme.

Il valore normativo attribuito alle norme dell'ordinamento sindacale è in realtà atipico, in quanto potrebbe risultare un fatto normativo solamente *lato sensu*, ossia non applicabile dal giudice, tuttavia non irrilevante in sede giurisdizionale<sup>62</sup>.

Gli strumenti di *soft law* hanno la capacità di intervenire sull'ordinamento giuridico di cui fanno parte, innovandone le norme. Attribuendogli una tale importante funzione, è possibile riconoscere, agli strumenti in esame, la natura di fonti del diritto, intendendo per fonte del diritto l'insieme di tutti quei fattori che esercitano la propria influenza sulla formulazione delle norme e che si pongono alla base delle decisioni giudiziali. Un'influenza di intensità variabile: dalle fonti che forniscono al giudice una norma da questi immediatamente validabile, a quelle che forniscono idee da cui trarre la norma necessaria<sup>63</sup>.

L'inserimento degli strumenti di *soft law* nel sistema delle fonti

---

61 G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, 1960, 57

62 E. MOSTACCI, *op. cit.*, 26

63 A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 2001, 74

del diritto richiede una terza ed ultima riflessione sulla funzione e sulle modifiche da questi apportate al suo interno.

La graduale diffusione degli strumenti di diritto morbido è dovuta a diverse cause, tra cui la dilatazione dei rapporti umani su scala mondiale, che ha prodotto un fenomeno di crescente irrilevanza dei confini politici nell'ambito delle relazioni economiche e sociali, definito di sconfinamento secondo “modalità soft”<sup>64</sup>, e che pone non poche difficoltà agli Stati relativamente alla sua regolamentazione.

Da questa evaporazione dei confini nazionali e dall'affievolimento del rapporto tra sovranità e territorio<sup>65</sup>, si è avuta una progressiva erosione del principio di territorialità del diritto<sup>66</sup>.

Un ulteriore problema degli ordinamenti giuridici riguarda la domanda di normazione, la quale sempre più investe ambiti che difficilmente possono essere regolati da disposizioni puntuali e vincolanti. Un esempio può essere quello della condotta del pubblico funzionario, la cui esigenza di regolamentare la cd. area grigia della PA, difficilmente trova risposta in norme analitiche e puntuali, volte a regolamentare tutte le possibili condotte<sup>67</sup>.

All'interno di questa tendenza alla giuridificazione dell'esistente<sup>68</sup>, lo strumento di *soft law* svolge la funzione di modello comportamentale, attraverso cui valutare le varie condotte concrete e di ausilio allo svolgimento delle funzioni da parte degli operatori cui il diritto morbido si rivolge.

La sua duttilità, data dalla mancanza di effetti giuridici vincolanti, permette ai soggetti destinatari di valutare in maniera

---

64 M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., 11

65 M. TARUFFO, *Sui confini*, Bologna, 2002, 110

66 G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, 22

67 E. MOSTACCI, *op. cit.*, 33

68 S. RODOTA, *La vita e le regole*, Milano, 2006, 9

autonoma l'opportunità di seguire tale regolazione.

Ciò che emerge, dal quadro appena delineato, è il mutamento del concetto di norma giuridica, caratterizzato da una complessità di strumenti, assai diversi tra loro, ed aventi un'efficacia giuridica differenziata, che vede la propria base nelle prescrizioni di carattere imperativo, sulle quali appoggiano altre norme, di per sé non vincolanti, ma che vanno ad affiancare la categoria del diritto duro, ritrovando in questa il fondamento dei propri effetti giuridici e contribuendo all'affrancamento della norma giuridica da una valenza unicamente precettiva.