

L'avanzata del *soft-law* e l'arretramento della partecipazione democratica. Spunti e riflessioni sulle tendenze della normazione

di Vincenzo Desantis*

SOMMARIO: 1. Inquadramento: l'avanzata degli strumenti informali. – 2. Legittimazione, democraticità e rappresentatività. – 3. Giustiziabilità ed effettività della tutela. – 4. Certezza del diritto. – 5. Separazione dei poteri e prerogative dell'amministrazione. – 6. Riflessi sistemici delle produzioni informali: profili conclusivi.

1. *Inquadramento: l'avanzata degli strumenti informali e quattro aree di crisi*

Almeno a partire dall'inizio del nuovo Millennio, gli ordinamenti giuridici sperimentano la crescente diffusione di atti e strumenti di dubbia natura. Dotati delle più varie denominazioni, molti nuovi contenitori di regole sono ritenuti diretta scaturigine delle difficoltà connesse alla regolazione di fenomeni complessi e possono essere ascritti, con maggiore o minore precisione, all'universo semantico del *soft-law*¹. Da sempre, l'emersione di questo noto e complesso “quadrante” della produzione giuridica intrattiene, però, relazioni spesso problematiche con le garanzie richieste per l'innovazione dei sistemi normativi, alimentando gravi dubbi in ordine alla compatibilità costituzionale che la sua crescente incidenza fa registrare nei vari ordinamenti. L'incremento delle produzioni normative “informali” e la generosa attribuzione di ruoli e funzioni agli strumenti di *soft-law*, oltre a realizzare un surrettizio trasferimento della funzione normativa in capo a centri decisionali a volte delegittimati, rischia di alterare in maniera significativa gli equilibri della forma di governo e di ridurre, in misura problematica, la signoria decisionale delle assemblee elettive. In particolare, l'avanzata degli strumenti di *soft-law*, specie se realizzata attraverso le deliberazioni di soggetti influenti, ma non rappresentativi, può contribuire all'arretramento delle istituzioni democratiche e sbilanciare il rapporto tra il decidere e il consigliare anche in favore di entità sottratte al controllo democratico e a un'investitura popolare, anche indiretta. Non solo,

* Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Trento.

¹ Ci si riferisce, tra gli altri, a raccomandazioni, *linee guida*, indirizzi, raccolte di standard, risoluzioni non vincolanti, raccolte di *faq*, ma anche guide, *memorandum*, manuali operativi e quant'altro.

lo smodato e multiforme ricorso al *soft-law*, oggi impiegato sia per il governo di settori tecnici, sia per la diffusione di raccomandazioni e regole di condotta non formalizzate, sia, da ultimo, per la gestione delle emergenze², ha favorito la stratificazione di sistemi di indicazioni caratterizzati da grave indeterminazione, ponendosi in contraddizione con più di un principio di base del nostro sistema giuridico.

La proliferazione di strumenti come quelli appena evocati – contenitori giuridici spesso dotati di grande effettività, ma sprovvisti di un regime giuridico formale – contrasta, inoltre, con l'esigenza di certezza del diritto, con il bisogno di legittimazione richiesto alle fonti, con il carattere di democraticità dell'assunzione delle decisioni pubbliche, con il principio di giustiziabilità degli strumenti produttivi di effetti vincolanti, oltre che con il principio di effettività della tutela giurisdizionale e con l'esigenza di assicurare l'*accountability* dei loro ideatori, spesso potenzialmente esenti da responsabilità concrete per le conseguenze prodotte dalle loro deliberazioni.

Ragioni come queste inducono a bilanciare gli entusiasmi spesso rivolti alle potenzialità del *soft-law* con un serio vaglio delle sue criticità e a riflettere sulla necessità per cui solo attraverso un oculato esercizio di ponderazione tra rischi e benefici potrà evitarsi che l'eccesso di *softness* dell'attuale realtà giuridica renda più *soft* anche l'esercizio della sovranità popolare o, almeno, la sua capacità di svolgersi “nelle forme e nei limiti della Costituzione”. Nei paragrafi che seguiranno, la trattazione cercherà di individuare almeno cinque aree di crisi nelle quali, più che in altre, sembra potersi sprigionare appieno la grave problematicità di un uso sempre più frequente e generalizzato degli strumenti informali. Per ciascuno di questi brevi approfondimenti, l'angolo visuale dal quale muoverà, in maniera privilegiata, la riflessione, sarà, ancora una volta, il complesso di garanzie (esplicite e implicite) riconducibili allo spettro semantico della Costituzione repubblicana e delle norme costituzionali.

2. *Legittimazione democratica e rappresentatività*

Come è noto, nel nostro e in altri sistemi giuridici, l'attribuzione di pote-

² In questo senso, la recente emergenza pandemica ha, come è noto, rappresentato uno straordinario laboratorio di soluzioni in deroga, molte delle quali tacciabili di scarso rigore dal punto di vista del rispetto delle forme ordinamentali. Per una rassegna sul punto, si consenta di rinviare a V. DESANTIS, *Le linee guida nel “sistema” delle fonti del diritto*, Napoli, 2023, in particolare 195 e ss.

stà normative è stata quasi sempre fatta discendere, con minore o maggiore rigore, da un'investitura democratica o, al più, da una indiretta riconducibilità dei normatori al circuito politico-rappresentativo³. Con il tempo, l'equazione in base alla quale la produzione normativa si accompagna alla sussistenza di una legittimazione democratica di coloro che la realizzano è stata, però, resa oggetto di una deroga più vistosa di quelle che pure esistevano in un'epoca antecedente alla presente. Il riferimento corre, naturalmente, alle produzioni giuridiche alle quali si è fatto riferimento nell'introduzione. Questi strumenti normativi, pur risultando evidentemente affrancati dai battuti (e garantiti) percorsi di legittimazione che informano le fonti, sono, però, spesso risultati assegnatari della capacità di produrre regole di singolare influenza sugli ordinamenti⁴.

Il fenomeno è noto e diffuso – basti pensare all'impatto che, su tutti gli strumenti, hanno, ad esempio, oggi le “linee guida” – ed ha a concretarsi in tutte quelle situazioni nelle quali il governo di più di un settore o attività o di più di un fascio di situazioni risulta concretamente disciplinato delle regole di dettaglio fissate da organi e organismi che, pur non essendo istituzionalmente provvisti della capacità di “normare” la realtà, diffondono indicazioni pratiche presso gli operatori.

Complice anche l'influenza e la capacità di persuasione che questi normatori hanno ottenuto o esercitano in via di fatto, i corpi di regole elaborati in modo più o meno informale da questi ultimi, si candidano, in più di una

³ Con riferimento alle concezioni di legittimazione democratica cfr. G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Archivio giuridico*, 1922; *Diritto e legittimazione*, a cura di R. TREVES, Milano, 1986; L. PALADIN, *Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1996, 26; G. DUSO, *La democrazia e il problema del governo*, in *Filosofia politica*, n. 3, 2006, 367; L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi: la crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2011. Sul più generale concetto di legittimazione democratica si rinvia, invece, tra gli altri, a P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica*, Torino, 2015.

⁴ Il problema così delineato si pone anche rispetto all'incidenza che gli strumenti giuridici sovranazionali (molto spesso di soft-law) sono concretamente ammessi a operare nei sistemi di diritto interno, pur essendo i primi di dubbia legittimazione. Riguardo alle questioni poste dal prorompere di questo tipo di fonti v., ad esempio, A. ALGOSTINO, *La soft-law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, 253. Oltre all'espansione degli strumenti giuridici elaborati dagli attori internazionali, rientrano nel visto quadro le pressioni che esercitano sull'ordinamento le regole per il funzionamento del mercato. Al riguardo cfr. R. BIFULCO, *Il dilemma della democrazia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2012; J.P. FITOUSSI, *La democrazia e il mercato*, traduzione italiana, Milano, 2004.

situazione, a divenire un punto di riferimento qualificato per la disciplina di interi settori e formano complessi di regole, a volte anche risolutive per i singoli problemi, a cui gli operatori orientano le proprie condotte spesso più e meglio di quanto non siano soliti fare con le fonti.

L'epoca nella quale operiamo incoraggia, in altri termini, la rapida elaborazione di regole caratterizzate da un elevato tasso di tecnicità e l'esigenza sottesa a tale produzione si ritiene, a più riprese, inconciliabile con le discussioni operabili nelle assemblee elettive, spesso tacciate di scarsa efficienza, quando non proprio sospette di dare luogo a ridondanti formalizzazioni e procedure elefantache.

Con ogni probabilità, anche questa convinzione (o presa d'atto) ha favorito il parziale abbandono della legittimazione fondata sul consenso democratico a favore dell'emersione di una legittimazione fondata sulla qualificazione tecnica dei decisori⁵.

L'abuso delle soluzioni flessibili (soluzioni di cui gli strumenti informali sono, con ogni probabilità, la più importante espressione), affonda, d'altronde, almeno una parte delle proprie ragioni di esistenza nell'assolvimento di condivisibili esigenze di governo della complessità del presente e sarebbe fin troppo facile tacciare di scarsa "ortodossia" costituzionale le soluzioni che si discostano dal paradigma della legittimazione intesa in senso classico senza, allo stesso tempo, interrogarsi sulle profonde ragioni che hanno aperto la strada a tali nuove forme di legittimazione.

Come, però, spesso, accade con le soluzioni di successo, è probabile che anche questa – quella, cioè, della legittimazione tecnica in luogo di quella democratica – si sia prestata ad essere abusata, perché, contrariamente a quanto sembrerebbe giustificabile, alcune delle regole introdotte negli ordinamenti provengono, oggi, da soggetti rispetto ai quali l'attribuzione di una legittimazione tecnica è, invero, dubbia.

In particolare, si danno, oggi, settori di intervento dominati dalla legittimazione tecnica nei quali è incerto ritrovare le caratteristiche di specialità che

⁵ Espone questa idea già dalla seconda metà degli anni Novanta A. PREDIERI, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, IV, Modena, 1996, 1413. Per altri contributi in tema si rinvia, poi, a P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2017. Sulla legittimazione tecnica v., in particolare, G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione*, Milano, 2006; L. BAZZICALUPO, *Paradossi della responsabilità di governare, tra autorità e legittimazione tecnica*, in *Etica e Politica*, n. 2, 2020, 189.

giustificano la devoluzione del potere normativo, così come si rinvencono settori caratterizzati dalla presenza di svariati corpi di indicazioni di dettaglio che, pur non richiedendo particolari specificazioni tecniche, pullulano di strumenti elaborati da centri decisionali non sempre e in ogni caso legittimati e comunque non democratici.

Riflessioni come queste consentono di inferire che gli strumenti informali che non siano in grado di sperimentare affidabili percorsi di “formale riconoscimento ordinamentale” pongono gravi problemi di legittimazione tutte le volte in cui prendano a regolare, *de facto* e come spesso accade, svariate situazioni concrete.

La loro presenza e incidenza nell'ordinamento si atteggia, infatti, alla stregua di un esercizio abusivo della potestà di introdurre norme nella realtà giuridica e intercetta, in aperto contrasto, i principi di legalità e riserva di legge, la separazione dei poteri⁶, oltre che, per riflesso, l'assetto costituzionale e la forma di governo.

Queste ed altre ragioni, unitamente a quelle che si proverà succintamente ad esporre nei paragrafi che seguiranno, allarmano rispetto alla possibilità di un uso “opportunistico”, strumentale e, soprattutto, non necessario di strumenti e regolazioni asseritamente tecnici che, approfittando del loro supposto carattere di specialità, si introducono negli ordinamenti per il tramite di “legittimazioni in deroga”, senza, però, dividerne i caratteri che ne giustificerebbero il ricorso.

3. *Giustiziabilità ed effettività della tutela*

Oltre alle criticità già considerate, il rilievo assunto dagli strumenti informali, dentro e al di fuori dell'amministrazione, impone agli interpreti di comprendere in che modo i redattori di questi strumenti possano rispondere degli effetti dagli stessi prodotti. Utilizzando la costruzione concettuale dell'*accountability*⁷, sembra di qualche interesse riflettere sulla possibilità che l'impiego

⁶ Sulla legittimazione a porre in essere norme giuridiche, sulla necessità di aver ricevuto una investitura democratica in tal senso e, più in generale, sull'attribuzione della potestà legislativa e sui suoi riflessi sul principio di separazione dei poteri cfr., tra gli altri, F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; A. DE VALLES, *Il fondamento del potere regolamentare*, in *Rivista di Diritto pubblico*, 1930, 210.

⁷ In modo molto generale, si ricorre a questa costruzione quando si intende delinere l'obbligo dei soggetti di rendicontare le decisioni prese. In molte delle sue varie

di questi strumenti ponga problemi di “rendicontabilità” delle scelte in esse trasfuse: una questione che, come si intuisce, può assumere più o meno rilievo secondo la concreta capacità degli stessi di dispiegare un’incidenza fattuale sulla realtà giuridica.

Sembra, infatti, evidente che più è accentuata la capacità di “penetrazione ordinamentale” di questi strumenti, più si rende necessario individuare i canali attraverso i quali i decisori (o i soggetti individuatori delle regole) possono essere chiamati a rispondere delle scelte effettuate e a descriverne i processi di adozione.

Problemi di riscontrabilità delle scelte simili a quelli qui accennati si pongono, più in generale, in tutti i contesti in cui, a fronte dello stratificarsi di strumenti indeterminati, non si rinvencono mezzi di tutela attraverso cui sindacare in via diretta gli effetti prodotti dalle varie regole del livello normativo informale⁸.

Il mancato riconoscimento dell’efficacia fattuale dispiegata da molti strumenti esclude o complica l’esperibilità di tutele azionabili (si pensi alle tutele, solitamente, esperibili avverso fonti o atti cogenti ben riconoscibili) e innesca una corrispondenza difettosa tra il piano dell’effettività dell’incidenza ordinamentale di tali strumenti e quello, fondamentale, dell’effettività della tutela.

In molti casi, la dimensione della concreta capacità di incidenza degli

declinazioni, il concetto di *accountability* si estende alla soggezione a responsabilità per le conseguenze derivanti dalle scelte compiute. Possono essere oggetto di un giudizio relativo alla sussistenza di un’*accountability* sia i soggetti pubblici che i soggetti privati i cui atti abbiano degli effetti per la collettività. In sintesi, essere *accountable* significa essere in condizione di rendere conto delle scelte effettuate e di rispondere delle conseguenze da esse prodotte. Oltre agli aspetti di rendiconto, l’*accountability* presuppone che i decision-makers pubblicizzino i modi attraverso i quali adottano le proprie decisioni e che garantiscano la partecipazione di coloro che abbiano degli interessi coinvolti entro la situazione oggetto delle decisioni. Per una bibliografia in tema, si rinvia, tra gli altri, a *The Oxford Handbook of Public Accountability*, a cura di M. BOVENS, R.E. GOODIN, T. SCHILLEMANS Oxford, 2014; R. MULGAN, “*Accountability*: An Ever-Expanding Concept?”, 3, 2000, 78; *Democracy, Accountability and Representation*, a cura di A. PRZEWORSKI, S.C. STOKES, B. MANIN Cambridge, 1999; A. SCHEDLER, *Conceptualizing Accountability*, in *New Democracies*, 1999, 158; A. SINCLAIR, *The Chameleon of Accountability: Forms and Discourses. Accounting, Organizations and Society*, in *Accounting, Organization and Society*, n. 2-3, 20, 1995.

⁸ Naturalmente, l’ordinamento rispetto al quale tale problema è più noto e discusso è proprio quello internazionale. Al riguardo, cfr., tra gli altri, G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012, recensito in B. MARCHETTI, *Su Rule of law e legalità globale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2013, 1039; A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008.

strumenti informali sfugge, infatti, a un pieno controllo e a una soddisfacente “osservazione” del diritto e rivela che forse non si sia adeguatamente riflettuto sulla necessità che gli ideatori delle stesse possano essere chiamati a rispondere delle valutazioni qui effettuate. Il tenore precettivo di alcuni di essi e la significativa latitudine di ruoli e funzioni assegnati a questi strumenti impongono, tuttavia, di considerare una parte delle indicazioni da essi prodotte come *quasi-fonti*⁹, senza che, però, allo *status* in parola si accompagnino le garanzie tipiche previsti dagli ordinamenti per contestarle o annullarle: un problema, già a prima vista, significativo e meritevole di attenzioni.

Al riguardo, molti sono gli esempi che si potrebbero svolgere. Uno dei più significativi sul punto sembra, però, essere rappresentato da quanto accaduto nell'ordinamento francese, dove la razionalizzazione dell'impatto degli strumenti informali ha conosciuto un consapevole e istituzionalizzato riconoscimento espresso.

Nel corso del 2013, il *Conseil d'État* ha, infatti, pubblicato uno studio annuale interamente dedicato al *droit souple* (espressione traducibile con *diritto flessibile*), collegando i sistemi di indicazioni flessibili alle fonti del diritto¹⁰.

L'analisi delle principali manifestazioni del *soft-law* francese ha costituito l'occasione per riflettere sulla portata degli strumenti flessibili e per ipotizzare una classificazione delle varie statuizioni che appartengano alla categoria¹¹.

⁹ In tema di regole che si producono in via di fatto cfr. già M.S. GIANNINI, *Sui regolamenti ministeriali (a proposito degli ammassi dell'olio e dei vincoli dei prezzi)*, in *Foro italiano*, I, 1950, 663, il quale evocava *fatti che possono apparire di illegalismo formale*, ma che *prorompono in misura incontenibile*. Il passaggio appena richiamato è reso oggetto di rinvio da M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti terziarie*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2015, 5, il quale, a sua volta, richiama, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 461.

¹⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, in *Le rapport du Conseil d'État*, 2013..

¹¹ Sul sito web del Consiglio di Stato, si legge del duplice obiettivo sotteso alla realizzazione dell'opera. Per un riscontro testuale, cfr. l'indirizzo: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple> (ultima consultazione 27 febbraio 2023), dove si legge: «*En publiant une étude sur ce thème, le Conseil d'État nourrit une double ambition. Il entend d'abord contribuer à la prise de conscience de la production et de l'utilisation croissantes du droit souple tant par les acteurs publics que par les entreprises en France et dans le monde*». Sul tema v. anche, B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft-law en droit public français*, Paris, 2013; J.B. AUBY, *Prescription juridique et production juridique*, in *Revue de Droit Public*, 1988, 673; *Les transformations de la régulation juridique*, a cura di J. CLAM, G. MARTIN, Paris, 1998; C. THIBIERGE, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, 599; L. BOY, *Normes techniques et normes juridiques*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 21, 2007, 79; M. ROULAND, *La normalisation technique (instrument de concurrence à la loi)* in *Le droit mou, une concurrence faite à la loi*, a cura di E. CLAUDEL,

Adottando le ricostruzioni teoriche sviluppate nello studio, dovrebbero potersi ricondurre al *droit souple* solo quegli atti che siano stati elaborati allo scopo di *influire* sul comportamento dei loro destinatari, sollecitando, per quanto possibile, la loro applicazione¹². Ragionando *a contrario*, dovrebbero, in altri termini, escludersi dalla categoria in esame tutti quegli atti che non abbiano l'attitudine di indicare opzioni comportamentali circostanziate, asseritamente opportune o doverose.

La disamina dei caratteri attribuiti al *droit souple* rivelerebbe, peraltro, che nessun atto che appartenga a tale categoria possa *creare diritti* od *obblighi*. La vista *inattitudine* sarebbe, anzi, l'elemento che distinguerebbe il *droit souple* dal, più classico, *droit dur*, il diritto certamente generativo di posizioni soggettive¹³, mentre gli strumenti ascrivibili al *droit souple* presenterebbero contenuti, modalità di elaborazione e struttura assimilabili alle fonti di *droit dur*¹⁴. Tuttavia, sebbene l'asserzione sulla mancanza di vincolatività degli atti di *droit souple* sembrerebbe richiamare il già noto dualismo tra *precetti* e *consigli*, inducendo a concludere che le indicazioni inidonee a porre formalmente diritti e obblighi non possano avere effetto sul sistema delle fonti¹⁵, la teorizzazione del *droit souple* operata dal Giudice amministrativo francese ha escluso che l'assenza di vincolatività equivalga all'assenza di effetti giuridici rilevanti, lasciando ipotizzare che il diritto flessibile possa considerarsi un'area intermedia che, generandosi dal *soft-law*, sia oggi a metà strada tra il *droit dur* e la piena incoercibilità.

B. THULLIER, Paris, 2004.

¹² La definizione è disponibile sul sito web del Conseil d'État francese, all'indirizzo: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple> (ultima consultazione 27 febbraio 2023).

¹³ Al riguardo cfr. Conseil d'État, *Le droit souple*, dove si legge: «ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires. Ce deuxième critère est le cœur de la distinction entre le droit dur et le droit souple. Le droit dur crée des droits et des obligations, il modifie l'ordre juridique dans lequel il s'inscrit, alors que le droit souple ne produit aucun de ces effets».

¹⁴ Per un riscontro formale, cfr., ancora, Conseil d'État, *Le droit souple*, dove si legge: «ils présentent cependant, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. Ce critère a pour fonction de marquer la limite qui sépare le droit souple du non-droit. La distinction est en effet nécessaire: il n'est pas envisageable d'inclure dans le droit tout instrument non contraignant ayant pour objet d'influencer les comportements, et d'y faire ainsi entrer la morale, la religion, l'exhortation publique ou encore les messages de santé publique».

¹⁵ Sulla differenza tra comandi e consigli cfr. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac*, in *Diritto amministrativo*, n. 3, 2016, 273, dove l'A., richiamando N. Bobbio, ricorda che la distinzione tra *praeceptum* e *consilium* sia stata elaborata dalla dottrina morale cattolica, per distinguere tra le regole evangeliche il cui adempimento è necessario alla salvezza e quelle, invece, utili per una più alta perfezione spirituale.

Avallando questa interpretazione, alcuni casi giurisprudenziali hanno individuato degli effetti riconducibili agli strumenti flessibili, giungendo a riconoscere la possibilità di ricorrere in giudizio per ottenerne l'annullamento¹⁶.

La ricorribilità in giudizio nei confronti di atti che *non* siano formalmente vincolanti è subordinata ad almeno due ordini di condizioni. Il primo consiste nel fatto che gli strumenti flessibili (pareri, raccomandazioni, avvertenze e, probabilmente, anche linee guida) sono impugnabili solo se l'essersene discostati costituisce un parametro alla stregua del quale valutare la sussistenza di una responsabilità (ed eventualmente l'infrazione di sanzioni). Il secondo è quello che prescrive che l'impugnazione degli strumenti flessibili dovrebbe essere consentita solo nel caso in cui essi producano effetti negativi dal punto di vista economico o, ancora, esercitino un'influenza qualificata sul comportamento dei destinatari.

I principi appena enunciati hanno trovato concreta applicazione in diversi casi, mostrando che il sistema francese non sia affatto restio a riconoscere efficacia giuridica a disposizioni contenute in strumenti formalmente non cogenti. Al contrario, l'interpretazione giudiziale ne ha regolamentato le "condizioni di accesso", disciplinando un fenomeno che, per quanto non andrebbe, forse, incoraggiato, si presenta, oggi, quasi "insopprimibile" (e a ogni latitudine).

La sistematizzazione categoriale del *droit souple* e i primi approdi della giurisprudenza raggiunti sul punto costituiscono, senza dubbio, un esito interessante. Con sempre più precisione nel corso del tempo, studiosi e operatori hanno provveduto a mappare i percorsi di effettività delle produzioni giuridiche informali, analizzandone, caso per caso, effetti, autori, presupposti e contesti di elaborazione, scenari applicativi a molto altro¹⁷. Al netto degli indubbi meriti definitori della giurisprudenza, il formale riconoscimento dell'esistenza e del ruolo del "diritto informale" che le pronunce esaminate alimentano, costituisce, però, un aspetto non immune da criticità, se non altro perché trasferisce al formante giurisprudenziale l'onere (che è del legislatore) di definire l'effettiva natura di un atto: basilari esigenze di certezza del diritto

¹⁶ Cfr. CONSEIL D'ETAT, 21 marzo 2016, nn. 368082, 368083, 368084, *Sté Fairvesta International GMBH et aa.*; 21 Marzo 2016, n. 390023, *NC Numericable Company*; 13 dicembre 2017, n. 401799, *Bouygues Télécom*.

Cfr. Conseil d'Etat, 13 dicembre 2017, n. 401799, *Bouygues Télécom*.

¹⁷ Al riguardo, cfr. *Droit souple et nouvelle(s) normativité(s). Soft law e nuova(e) normatività*, a cura di J.-J. MENURET, D. SINOU, P. DURET, G. GUIGLIA, Napoli, 2022.

richiederebbero che la stessa sia, infatti, evincibile fin da subito e non all'esito di un'interpretazione giurisprudenziale.

In altre parole, il fatto che i giudici possano “sostanzialisticamente” rintracciare, entro ciascuno degli strumenti, di volta in volta, indagati, i caratteri e l'incisività tipica degli atti (normativi e amministrativi) e adottare, se del caso, la disciplina prevista per questi ultimi anche a tali strumenti “interpretati” è una “soluzione gestoria” dell'emersione del *soft-law* che ne tampona la problematicità (consente, infatti, che sia loro attribuito almeno uno statuto di riferimento), ma non ne risolve lo stridere dal punto di vista della certezza del diritto.

4. *Separazione dei poteri e prerogative dell'amministrazione*

Oltre alle criticità già accennate, è noto che la produzione di *soft-law* si sostanzia, in molti casi, nell'elaborazione di indicazioni tecniche o di soluzioni operative per il governo di situazioni complesse. In misura variabile secondo la precipua capacità di incidenza fattuale di ognuna di esse, le produzioni di questo tipo, ideate per la gestione di un problema concreto o per il “governo” di un fascio di situazioni, possono assumere livelli di autorevolezza mutevoli ed esprimere, a volte, una cifra di utilità effettiva tale da renderle efficaci collettori di regole.

La “pioggia” di strumenti informali integra, oggi, il livello delle indicazioni che le fonti apprestano per disciplinare i casi concreti, esercitando un'attività di precisazione od orientamento delle letture della disciplina primaria capace di ridurre lo spazio valutativo degli interpreti. Ebbene, l'osservazione di questa produzione sembrerebbe dimostrare che qualcosa di simile e – al contempo – di diverso si riscontra anche con riferimento all'attività amministrativa. Nella misura in cui l'attività di precisazione dei concetti enunciati dalla normativa primaria (o secondaria) riempie, infatti, in modo penetrante gli spazi che potrebbero essere colmati delle valutazioni dell'amministrazione, l'esercizio di ciò che chiameremmo *discrezionalità tecnica* sembrerebbe restare assorbito da questi strumenti, segnando il recedere delle prerogative della p.a.¹⁸ In altre parole, l'incessante attività di cristallizzazione delle indicazioni

¹⁸ Tra gli altri, v. F. MERUSI *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; M. DELSIGNORE, *La valutazione tecnica e i suoi riflessi sul procedimento*, in *Il Foro amministrativo*, 2010; M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica ammini-*

tecniche, delle soluzioni operazionali o degli *standard* qualificati, in uno con la predisposizione di sottosistemi atti a declinare i più minuti aspetti di costrutti giuridici lasciati volutamente ampi, riduce il margine di apprezzamento dell'amministrazione, ne coarta la libertà valutativa e fa sì che gli apprezzamenti ipoteticamente devoluti alla capacità di scelta dell'amministrazione siano, in un certo qual modo, appaltati al livello definitorio di altri strumenti.

In questi come in altri casi, la cessione di spazi di questo genere in favore degli strumenti informali costituisce un problema sia nella misura in cui non tutti gli strumenti informali presentano gli stessi caratteri di garanzia degli atti amministrativi (e ciò senza contare che, quand'anche fossero atti amministrativi, sarebbe necessario avviare un processo di indagine per poter ascrivere gli stessi a questo *genus*), sia per il fatto che i redattori degli stessi non presentano, in ogni caso, la stessa affidabilità e legittimazione delle amministrazioni. Il problema è di non poco conto.

In aggiunta, andrebbe, inoltre, rilevato che i soggetti a cui si affida la redazione di questi strumenti potrebbero non coltivare l'interesse a operare un giudizio di ragionevolezza nell'elaborazione delle soluzioni consigliate, oltre che non essere animati dal perseguimento dell'interesse pubblico che deve, invece, coltivare l'amministrazione. I redattori dei corpi di linee guida e strumenti a queste assimilati possono, in altri termini, ben essere organismi alieni al perseguimento degli interessi della collettività, o, peggio, soggetti a fenomeni di "cattura" da parte di gruppi di interesse che perseguano fini contrapposti a quelli propriamente istituzionali.

Proprio il possibile arretramento delle prerogative dell'amministrazione in favore dell'avanzata di questi nuovi plessi di potere regolatorio, finisce, *pro parte sua*, per ridisegnare la distribuzione delle prerogative tra i tre poteri e per dare vita a uno squilibrio nella separazione dei poteri, che quasi si atteggia in modo bifasico.

Da un lato, l'esplosione degli strumenti informali sancisce l'arretramento dei plessi decisorii rappresentati da consessi e assemblee deliberanti, traducendosi, in molti casi, in una non necessaria "spoliazione decisionale" del Parlamento, oltre che delle altre assemblee elettive; dall'altro, cristallizzando il contenuto degli atti amministrativi, che restano imbrigliati dal dettaglio di

strazione, Milano, 2009; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, II-2, Milano, 2008, 471; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2008; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2008, 791; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

strumenti sempre più precisi e sempre più numerosi, anche l'esercizio dei poteri amministrativi sembra, in parte, traslarsi su altri soggetti, che, non in ogni caso si prestano a subire un effettivo e penetrante controllo.

5. *Certezza del diritto e forma di governo: profili conclusivi*

Le considerazioni svolte fino a questo momento consentono di concludere che l'affidamento di generose quote di regolazione al fenomeno degli strumenti informali e, più in generale, il richiamo operato dal legislatore a "linee guida" e atti a queste assimilabili, attentano, sotto vari profili, il valore della certezza del diritto¹⁹. Come si è accennato, la prassi di affidare sempre maggiori funzioni agli strumenti "informali", in uno con il collegato e incontrollato loro espandersi, ingenera un'incertezza giuridicamente "trasversale", vale a dire "a più livelli", perché coinvolge:

il regime di norme applicabile a questi atti;

la configurabilità di conseguenze per il caso di inosservanza del loro contenuto;

l'esperimento dei rimedi nel caso ci si assuma lesi da essi;

i tentativi di ricostruzione classificatoria operabili nei casi concreti.

Lo studio della condizione a cui dà luogo la diffusione di questi strumenti comporta, in altri termini, un insieme di gravi conseguenze, tutte inscrivibili nell'orbita del valore della certezza del diritto, che ne risulta, così, svilito..

In primo luogo, la diffusione degli strumenti informali fa sì che i singoli non siano nelle condizioni di comprendere quale sia la concreta portata di molti strumenti operanti, oggi, nei sistemi giuridici: aspetto che si riflette, in modo molto grave, anche sul versante applicativo, coinvolgendo interpreti e operatori istituzionali.

L'estrema indeterminatezza che contraddistingue il ricorso a questi strumenti dovrebbe, con ogni evidenza, sconsigliare ogni riferimento ad essi, e promuovere l'abbandono dell'idea (affermatasi, forse, in modo quasi preterintenzionale) che le categorie del *soft-law* possano essere impiegate alla stregua di modelli ricorrenti.

Ad eccezione di sistemi di regole nei quali questi strumenti, regolati nel

¹⁹ Oltre alle opere già citate si richiamano, qui, S. BERTEA, *Certezza del diritto ed argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002; L. LUVUOIS FULLER, *Certezza giuridica e funzioni del diritto*, in A. PORCIELLO, *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, Pisa, 2016, 95.

proprio ambito di interazione interna, assumono una loro coerenza, gli stessi non costituiscono, infatti, un tipo di produzione determinata e si risolvono in etichette così onnicomprensive da risultare praticamente senza perimetro.

In secondo luogo, l'impiego di molti strumenti informali, spesso lasciati volutamente indefiniti per ciò che concerne forme e indicazioni o affiliazioni classificatorie, rende incerto individuare il regime giuridico applicabile a ciascuno di questi atti, con la conseguenza che molti di essi, pur essendo spesso ammessi a svolgere funzioni ordinamentali, si presentano come dei veri e propri oggetti misteriosi per chi può essere chiamato a considerarli per risolvere problemi concreti.

Immaginando, ad esempio, di dover considerare il contenuto di alcuni di questi strumenti, perché richiamati dal legislatore, il giudice del caso concreto potrebbe domandarsi, senza avere risposta certa, se gli strumenti informali possano essere o no disapplicati; se si applichi loro il principio del *iura novit curia*; se alle parti del giudizio possa, in qualche modo, essere richiesto di conoscerne il contenuto (*ignorantia legis non excusat*); se agli stessi possano applicarsi i criteri di risoluzione delle antinomie o se, data la loro effettività, il loro contenuto possa fondare pretese di sorta.

Ragioni come queste inducono a ritenere che le incertezze dispiegate dall'improprio riferimento ad atti che non configurano un vero e proprio non-genere (come, ad esempio, le "linee guida") dovrebbe indurci ad abbandonare le tendenze nominalistiche che sperimentano l'agio dell'incertezza definitoria e a riaffermare la necessità di nominare e tipizzare nel modo corretto le produzioni giuridiche.

6. *Riflessi sistemici delle produzioni informali: profili conclusivi*

Come si è accennato nel corso del presente lavoro, l'attuale realtà giuridica è invasa di riferimenti più o meno circostanziati ad atti e documenti informali e, oltre ai casi in cui gli stessi fanno corpo a sé, si danno, sempre più di frequente, anche ipotesi di strumenti muniti di una veste formale determinata o determinabile che dicono di recare, appunto, "linee guida" e indicazioni flessibili anziché precetti.

L'esame di alcuni tra i più significativi richiami che la prassi giuridica rivolge, oggi, alle figure qui analizzate rivela che il ricorso a tali strumenti ha raggiunto dimensioni così ampie da complicare oltre misura ogni tentativo di

razionalizzazione del fenomeno. Nella stagione delle linee guida e degli atti a queste assimilati, i destinatari delle indicazioni contenute in esse non si trovano nelle condizioni di comprendere se questi strumenti siano indicazioni legittimate, munite di portata obbligatoria e generative di conseguenze per la loro inosservanza.

Questa situazione contrasta, evidentemente, con il valore cardine della certezza del diritto e intacca in modo significativo anche la capacità di auto-determinazione dei singoli, che possono essere chiamati a rispondere per avere violato delle regole che essi ignorassero essere tali. Non solo, la problematicità di uno scenario di questo genere sembra accentuata anche dal fatto che il ricorso alle linee guida non accenni a diminuire e sia stato, anzi, oggetto di nuovi e fantasiosi sviluppi.

Il recente scenario pandemico ha conferito alle linee guida nuove funzioni, accentuando, in almeno alcuni casi, un già in parte descritto trasferimento della potestà normativa, capace di assegnare al livello delle indicazioni informali il ruolo esecutivo-attuativo che dovrebbe, di contro, spettare alla normazione secondaria.

La grande esperienza della regolazione informale, pur affondando le proprie radici in condivisibili istanze di semplificazione della realtà giuridica e pur essendosi, alle volte, risolta in un'interessante espressione del processo di adeguamento del diritto all'evolversi delle scienze e dei mercati²⁰, si atteggia, oggi, alla stregua di un insopprimibile fattore di complicazione del sistema giuridico di cui si dovrebbe, forse, fare a meno. A distanza di tempo dal primo erompere del fenomeno qui indagato, sembra evidente che il generale tentativo di semplificazione delle forme normative a cui il *soft-law* ha provato a dare corso in questi anni sia stato, per certi versi, utile, ma che risulti, sotto altri punti di vista, ancora gravemente carente, specie nel suo rapporto con le garanzie costituzionali e le formule della normazione.

Il fenomeno delle "linee guida giuridiche" o, più in generale, quello del *soft-law* che è *de facto* "hard" si rivela, in altri termini, complessivamente, insostenibile dal punto di vista costituzionale, notazione dovuta anche al fatto

²⁰ Il settore nel quale, più di tutti, ha avuto sviluppo l'avanzata delle regolazioni informali è stato, come è noto, quello delle autorità indipendenti. Per un'analisi del rapporto tra amministrazione indipendente e *soft-law* si rinvia, tra gli altri, a M.E. BUCALO, *Soft law e autorità indipendenti: collocazione nel sistema delle fonti, tutela giurisdizionale e giurisprudenza costituzionale*, in *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", a cura di A. CARDONE, A. SIMONCINI, G. TARLI BARBIERI, Napoli, 2022, 361.

che, in ciascuna delle sue principali espressioni, il ricorso a questi strumenti realizza effetti del tutto sproporzionati rispetto alle concrete capacità di efficacia riconoscibili ai vari atti.

Penetrando carsicamente il sistema delle fonti, gli strumenti di *soft-law* incidono, oggi, sia sugli ordinamenti giuridici che sulle posizioni dei singoli, senza che sia, peraltro, chiaro che ciò stia succedendo e con che profondità; senza che sia possibile rilevare la misura dei cambiamenti in atto e in che modo tutelarsene; senza, soprattutto, che ciò sembri tollerabile alla luce delle disposizioni costituzionali che disciplinano (e limitano) il conferimento della potestà normativa.

Il trasferimento di funzioni realizzato attraverso questi strumenti ridefinisce l'equilibrio tra poteri, riduce la capacità di gestione o di accertamento proprie, rispettivamente, dell'amministrazione e degli organi giudiziari e incide, in ultima analisi, sull'assetto della forma di governo, minandone le fondamenta democratiche.

La creazione di circuiti decisionali affrancati dai tradizionali percorsi di legittimazione del potere normativo e sottratti alle procedure garantite che presidiano la formazione delle fonti, sancisce, nel caso degli strumenti informali, un pericoloso arretramento della democraticità del sistema di produzione delle norme, la cui definizione è sempre più appaltata allo strapotere regolativo dei normatori *tecnici* e sempre meno riservata agli strumenti partecipativi.

La stagione delle "linee guida" e delle regolazioni informali, realizzando impliciti trasferimenti *top-down* della signoria decisionale in favore di "centri di normazione" informali, atipici e scarsamente presidiati dal punto di vista delle garanzie ordinamentali, sperimenta, inoltre, l'attitudine di aggirare, in modo invero poco edificante, il dibattito e gli sforzi protesi al miglioramento delle tecniche legislative²¹: le opportune accortezze e misure adottate a questo scopo rischiano, infatti, di vedersi, almeno in parte, vanificate quando il momento decisivo è surrettiziamente trasferito dalla lettera della legge a quella, non garantita, delle migliaia di strumenti deformalizzati che pretenderebbero di sostituirla o di integrarla.

²¹ Sul punto, si rinvia, tra gli altri, a L. LORELLO, *La qualità della legislazione nel sistema costituzionale: il contributo del Comitato per la legislazione della Camera e del Senato*, in *Studi sulle fonti del diritto. Le relazioni tra Parlamento e Governo*, a cura di S. PAJNO, G. VERDE, Milano, 2010, 33; P. PICCIACCHIA, *Il Comitato per la legislazione e la verifica della qualità dei testi legislativi*, in *Il Politico*, 65, n. 1, 2000, 29; D. PARIS, *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, n. 4, 2013, 828.

L'introduzione di regole dal dubbio statuto costituzionale si rivela, infine, scarsamente tollerabile anche rispetto a insopprimibili esigenze di tutela degli individui e può pericolosamente assecondare forme di esercizio del potere delegittimate e non apertamente riconoscibili.

Sotto il primo aspetto, lo scarto tra il piano formale e sostanziale che si registra rispetto alle regole poste dagli strumenti informali, priva chi sia esposto agli effetti da questi prodotti della concreta possibilità di contestarne pienamente la portata: una situazione in aperto contrasto con le disposizioni che accordano il diritto di difesa e non ammettono limitazioni alla tutela giurisdizionale.

Riguardo, poi, l'altro aspetto, ogni riconoscimento dell'efficacia fattuale di linee guida e atti a queste assimilati restituisce l'idea per cui l'esercizio del potere normativo possa anche attuarsi attraverso percorsi alternativi e, sebbene un'idea di questo tipo consideri nella giusta misura l'effettiva incidenza che la realtà può avere sulla normazione, non sembra opportuno incoraggiare la formazione informale del diritto che, per definizione, esiste per governare, formalmente, la realtà.

In questo senso, il ricorso all'informalità per il governo della realtà giuridica impedisce, infatti, il realizzarsi di una piena consapevolezza in ordine allo svolgimento della funzione normativa e affievolisce quel pieno controllo sull'esercizio del potere che è la fondamentale e preziosa causa di nascita del costituzionalismo.

Abstract

L'attuale realtà giuridica è disseminata di riferimenti più o meno circostanziati all'universo semantico di produzioni e strumenti informali. Penetrando tacitamente il sistema delle fonti del diritto, gli strumenti di *soft-law* incidono, oggi, sia sugli ordinamenti giuridici che sulle posizioni dei singoli, senza che sia chiaro che ciò stia succedendo, con che profondità; senza che sia possibile rilevare la misura dei cambiamenti in atto e in che modo tutelarli; senza, soprattutto, che ciò sembri tollerabile alla luce delle disposizioni costituzionali che disciplinano (e limitano) il conferimento della potestà normativa. L'introduzione di regole dal dubbio statuto costituzionale si rivela scarsamente tollerabile anche rispetto a insopprimibili esigenze di tutela degli individui e può pericolosamente assecondare forme di esercizio del potere delegittimate e non apertamente riconoscibili.

The soft law's advance and the retreat of democratic participation
Ideas and reflections on legislative and regulatory current trends

The current legal scenario is littered with more or less precise references to non-formal legal instruments, *lato sensu* connected to soft law. By tacitly penetrating the system of sources of law, soft-law instruments today impact both legal systems and people's rights, without it being clear that this is happening; without it being possible to measure the level of changes that are taking place and how to protect against them; without, above all, that this trend appearing compatible with the constitutional provisions that regulate (and limit) the legislative power. The introduction of rules with a dubious constitutional *status* proves to be hardly tolerable even with respect to the needs of protecting individuals and can dangerously support delegitimized and not openly recognizable exercises of power.