

Premessa

Cercare di spiegare a chi non è un operatore del diritto, che cosa è la “fonte del diritto” o “ordinamento giuridico” è da sempre un’impresa ardua. Lo è perché chi non ha ogni giorno a che fare con i “materiali” del diritto (i.e. le norme), non comprende che essi non sono qualcosa di fisico, stabile e immutabile, ma il prodotto dell’attività puramente intellettuale (i.e. l’interpretazione) del giurista sul “supporto” (i.e. le disposizioni), questo sì fisico, che veicola e che contiene il “materiale”. Ed è ancora più difficile spiegare che da una stessa disposizione possono derivare diverse norme a seconda delle interpretazioni. La prima idea di questo studio nasce appunto da alcune discussioni, avute con chi non è un giurista, nel tentativo di spiegare questi concetti che suonano meramente astratti e poco utili nella realtà concreta.

Da questi episodi quotidiani, la riflessione giuridica personale ha poi avuto modo di approfondirsi, partendo però da una constatazione: il sistema delle fonti nasce dal lavoro interpretativo del giurista, ma è anche legato al contesto culturale, sociale ed economico in cui il giurista si trova ad operare. È appunto il contesto culturale, in continuo e rapido mutamento, che contribuisce alla nascita di «nuovi fenomeni del diritto»¹, sconosciuti al giurista e con i quali egli necessariamente si scontra, perché non conosce i criteri per qualificarli, per ordinarli in sistema.

La caratteristica prima di questi “fenomeni giuridici” è la loro capacità di scardinare e rendere instabile il sistema delle fonti organizzato secondo il principio della gerarchia, cercandovi una collocazione in quanto “fonti del diritto”.

Da qui la prima delimitazione del campo di indagine: fra i diversi fenomeni giuridici che il sistema non riesce a qualificare quello che si è scelto di esaminare è la *soft law*. In realtà tale prima delimitazione risulta davvero poco limitante, posto che con questa locuzione, di origine internazionalistica ci si riferisce ad un numero indefinito di atti e di procedimenti².

In linea di principio, ponendo da canto le critiche di coloro che ne hanno evi-

¹ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 231.

² E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, p. 1.

denziato l'essere una locuzione «di moda»³, con essa si intende in primissima approssimazione un insieme di «atti non vincolanti», quanto ad effetti formali e a mancanza di sanzionabilità. La dottrina sul punto pare, sommariamente divisa fra coloro che l'hanno qualificata fra le «fonti atipiche»⁴ e coloro che invece, con un atteggiamento di totale chiusura, hanno sostenuto che non ci troveremmo di fronte a regole giuridiche⁵.

Il termine così generico, impreciso e di difficile definizione si presta dunque a essere una di quelle «zone d'ombra» del sistema della fonti, che proprio per la loro oscurità attraggono la ricerca, che tenta di darne un inquadramento⁶.

Ma proprio l'estrema ampiezza del termine introduce la seconda necessaria delimitazione del campo di questa indagine, che si occupa della c.d. *soft law* prodotta dalle Autorità indipendenti. La decisione deriva dal rilievo che, almeno quanto all'ordinamento italiano, i principali autori di atti riconducibili al concetto di *soft law* sono appunto le *Authorities*.

Autorità e *soft law* condividono fra l'altro almeno due caratteristiche: la *eterogeneità*, perché anche esse sono difficilmente riconducibili ad unità e dunque si rivelano di difficile qualificazione, e l'*atipicità*, perché sono organismi che vedono la luce nel nostro ordinamento solo nei primi anni '90 e si discostano dai canoni dell'amministrazione tradizionalmente intesa in quanto apparato servente del Governo.

Esse si impongono, in quanto soggetti terzi e imparziali non solo rispetto agli interessi che si trovano a regolare, ma anche perché le competenze altamente specialiste e l'indipendenza dei loro membri, normalmente non legati al circuito politico rappresentativo, consentono di far ritenere che il settore affidato dalla legge alla loro *governance* sarà guidato in modo assolutamente neutrale.

Nell'esteso panorama delle Autorità, ed ecco la terza e ultima delimitazione del campo di indagine, si è scelto di osservare l'azione di tre: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l'Autorità Nazionale Anticorruzione e la Commissione di Garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

La scelta delle sopradette Autorità non è casuale, ma è stata determinata dalla particolare e copiosa attività paranormativa prodotta, nonché dal fatto che esse sono poste alla guida di settori particolarmente delicati sotto il profilo economico e sociale e di grande impatto sulla pubblica opinione. Quanto poi alle funzioni lo-

³ G.U. RESCIGNO, *Note per la ricostruzione del sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 825 e M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, relazione tenuta al Convegno annuale di AIPDA, Padova, 9-10 ottobre 2015, disponibile sul sito www.diritto-amministrativo.org.

⁴ E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, cit., p. 27.

⁵ R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 31 e ss.

⁶ Si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, che dedica una sezione intera alla *soft law*.

ro assegnate è importante rilevare che esse sono fra loro molto eterogenee: all'AGCM non sono assegnati formalmente poteri normativi, ma essa esercita, come si vedrà, funzioni paranormative (o se si preferisce maieutiche) attraverso un uso molto penetrante della propria *moral suasion*; all'ANAC sono invece assegnate formalmente funzioni normative, le quali però si rivelano poco definite dal legislatore, quanto agli effetti degli atti che ne derivano; alla Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali sono assegnati invece poteri normativi e paranormativi la cui importanza deriva dalla capacità di incidere su posizioni giuridiche presidiate da diritti costituzionalmente rilevanti e delle quali dovrà operare il bilanciamento.

La qualificazione della produzione regolatoria non è quindi pacifica, perché si basa su atti che possono definirsi *prima facie* normativi, perché non ne hanno le forme o non ne hanno le caratteristiche, ma, ciò nonostante, sono *sostanzialmente* vincolanti, perché considerati tali dai consociati che vi si adeguano.

Per indagare in che modo qualificare tali atti e reperire una regola e un metodo che possano inquadrarli nel sistema delle fonti si è proceduto dapprima con una riflessione di teoria generale delle fonti, prendendo le mosse dalla definizione del concetto esteso di *soft law*. Si è proseguito poi associando la *soft law* alle Autorità indipendenti, definendone i caratteri, le funzioni e i poteri, per procedere infine all'analisi specifica delle funzioni attribuite dalla legge alle tre individuate Autorità, cercando laddove possibile un possibile inquadramento dei singoli atti fra le fonti del diritto.

Sul piano metodologico l'analisi, partendo dal livello generale teorico, vuole però analizzare il concreto atteggiarsi dei singoli atti e dei singoli poteri. A tal fine agevolato la ricerca privilegerà lo studio della prassi delle singole Autorità come strumento agevolato di osservazione delle loro funzioni.

La delega in favore delle Autorità della *governance* di interi e rilevanti settori manifesta la volontà del legislatore di "abbandonare il campo di gioco" in favore di soggetti che ritiene maggiormente specializzati. Non si può però mancare di rilevare che tale atteggiamento comporta certo molteplici interrogativi, relativi all'impatto creato dalla *soft law* non solo sull'ordinamento giuridico, ma anche sui diritti soggettivi, soprattutto laddove si ponga mente al fatto che tali atti derivino da soggetti estranei al circuito politico-rappresentativo e dunque non soggetti ad alcuna forma di responsabilità politica.

Per questo lo studio, attraverso l'esame delle pronunce giurisprudenziali relative agli atti di *soft law* delle Autorità indipendenti, ricerca i possibili limiti all'esercizio dei poteri normativi e paranormativi di questi organi e gli strumenti giuridici posti a tutela dei diritti soggettivi, individuando i primi in una maggiore attenzione da parte del legislatore nella positivizzazione di regole del gioco più stringenti per le Autorità; e reperendo nella pienezza del sindacato del giudice sugli atti delle *Authorities* il più forte presidio di tutela dei diritti costituzionali.

Capitolo I

La soft law come fonte del diritto fra teoria delle fonti e teoria della interpretazione

SOMMARIO: 1. *Soft law*: cenni introduttivi. – 2. Definizioni e caratteri della *soft law*. – 2.1. Definizioni e caratteri della *soft law* nella dottrina internazionalista. – 2.2. Definizione e caratteri della *soft law* nella dottrina comunitarista: la normatività fra teoria binaria e teoria della “normatività graduata”. – 2.3. (*Segue*) La eterogeneità. – 2.4. Definizioni e caratteri della *soft law* nella giurisprudenza comunitaria. – 3. *Soft law* fra teoria delle fonti e teoria della interpretazione. – 3.1. *Soft law* fra teoria delle fonti e teoria della interpretazione: dalla dottrina pura del diritto al pluralismo giuridico. – 3.2. (*Segue*) Pluralismo giuridico e *soft law*. – 4. Teorie relative ad un sistema delle fonti inclusivo della *soft law*.

1. *Soft law*: cenni introduttivi

Si è da più parti rilevato come parlare di *soft law* sia di per sé un paradosso, perché il diritto è, per sua natura, *hard*, rigido, forte in quanto obbligatorio¹. La sua “natura dura” deriva dall’essere prodotto secondo un procedimento anch’esso rigido, regolato a priori, sulla base cioè di «procedure formali tipiche delle istituzioni di governo»².

La *soft law* è invece costituita da un complesso di regole poste aldilà di tali procedure formali ed i soggetti che contribuiscono alla sua formazione non sono istituzioni di governo, in altre parole essa è posta in essere attraverso “nuove” formule di gestione dei processi decisionali (la c.d. *governance*)³.

¹ M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 17.

² R. BIN, *La scarsa neutralità dei neologismi. Riflessioni intorno a soft law e a governance*, in L. DESANTI, P. FERRETTI, A.D. MANFREDINI, *Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di università*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 19.

³ R. BIN, *La scarsa neutralità dei neologismi*, cit., pp. 19 e 22 e A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria ed il diritto statale. Conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *costitu-*

Normalmente tali “soggetti regolatori” traggono la loro legittimazione, e dunque anche la legittimazione dei loro atti di *soft law*, dal basso, perché le esigenze normative emergono dallo stesso settore da regolare e perché tale regolazione avviene in genere attraverso procedimenti di natura partecipata e non imposti dall’alto. La sua “provenienza dal basso”, o in altri termini la sua “natura negoziale” è la ragione per la quale la locuzione *soft law* è spesso sinonimo del fenomeno per il quale il diritto pubblico sembra perdere la sua distinzione e differenziazione dal diritto privato, ma anche espressione della tendenza al temperamento della “attitudine autoritaria dello Stato”, per metodi maggiormente consensuali e partecipati di produzione del diritto.

La forza innovativa della *soft law* è oggetto di un ampio dibattito in dottrina fra coloro che ne avvertono la necessità per regolare in modo più rapido e fluido le necessità del nuovo mondo globalizzato, aldilà di una «categorizzazione degli atti normativi fondata solo sulle forme»⁴ e chi invece ritiene che una visione completa del fenomeno non possa prescindere dalla prospettiva dei principi del costituzionalismo, basato su una sistemazione strettamente gerarchica delle fonti che non può tollerare la *soft law* se non come elemento eteronomo⁵. Secondo quest’ultima visione la *soft law* è «diritto parametrato sulla efficienza (economica) in contrapposizione al diritto che nasce dal confronto fra forze politiche»⁶. Dietro la tipicità delle forme dell’*hard law*, lo Stato garantisce delle procedure legali attraverso le quali le regole possono imputarsi all’interesse generale, imbrigliando entro stretti confini “l’esuberanza del potere politico” e conferendo in questo modo all’atto prodotto una oggettività che lo rende generale e non frutto della volontà soggettiva di una o più parti soltanto. Ciò costituirebbe, secondo tale dottrina, uno dei capisaldi dello Stato di diritto, capace di creare una netta distinzione fra atti giuridici obbligatori per la generalità dei consociati e documenti che tali non sono⁷.

zionalismo.it, 2016, n. 3, p. 258, spec. nota 13, evidenzia che non si tratta solo di un problema linguistico: *soft law* sarebbe il superamento del *hard law* dal punto di vista della produzione giuridica, mentre *governance* il superamento del *government* intese come procedure decisionali tipiche delle istituzioni statali, un “integratore” del carattere democratico delle decisioni. Sul tema della *governance* e le sue implicazioni A. ARIENZO, *La governance*, Ediesse, Roma, 2013.

⁴ Così A. POGGI, *Soft law nell’ordinamento comunitario*, in <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200510/poggi.html>, la quale riprende il pensiero di A. D’ATENA, *L’anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2001, p. 591 e ss.

⁵ A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria ed il diritto statale*, cit., p. 285.

⁶ Così A. ALGOSTINO, *op. loc. cit.* In tal senso anche A. SOMMA, *Governare il vuoto? Neoliberalismo e direzione tecnocratica della società*, in *Micromega-online* (temi.repubblica.it/micromega-online/), 29 luglio 2016.

⁷ R. BIN, *op. cit.*, pp. 22 e 24, il quale ribadisce vieppiù che, sebbene tale assunto sia oramai certamente ascrivibile alla “mitologia dello Stato liberale”, non può certo rivelarsi tranquillizzante la prassi di una negoziazione politica secondo i principi tipici della *governance* e della c.d. “legittimazione dal basso”, i quali aprono agli interessi sociali più forti e meglio organizzati.

Il fenomeno della *soft law* dunque va certo studiato dalla duplice prospettiva della teoria delle fonti, indagandone gli effetti giuridici in un sistema che non necessariamente deve considerarsi strutturato nel senso della gerarchia e della teoria dell'interpretazione, senza dimenticare che essa assume il ruolo di indicatore nel sistema giuridico dei mutamenti della società.

D'altro canto alla "paradossalità" dell'argomento si somma la sua "ambiguità", dovuta al fatto che la locuzione ricomprende in sé una molteplicità di atti, documenti (e spesso anche procedure), dotati di funzioni ed effetti diversi, sebbene non dotati di efficacia obbligatoria autonoma, incidenti in ambiti giuridici totalmente diversi fra loro, partendo dal diritto internazionale, passando per il diritto dell'Unione europea e arrivando infine negli ordinamenti dei singoli Stati.

Ecco perché, qualsiasi tipo di studio sulla *soft law* necessita preliminarmente di definirne il concetto, indagarne la genesi, nella piena consapevolezza che delimitare a priori il perimetro non è conducente. La prima enucleazione del concetto viene fatta risalire agli anni '60 del secolo scorso ed in particolare alla dottrina internazionalistica⁸, che però si dedicò in modo approfondito alla distinzione fra *soft* e *hard law* a partire dagli anni '90. Le ragioni della genesi internazionalistica del concetto sono evidenti e dipendono dalla assenza di un'autorità centrale di legislazione e conseguentemente dal fatto che la produzione normativa è affidata a processi consensuali, che hanno col tempo evidenziato la necessità di individuare procedimenti regolativi più flessibili e rapidi, idonei a disciplinare ambiti complessi e soggetti a rapide modifiche⁹.

Partendo dalle definizioni fornite da questa dottrina, la *soft law* è identificata in quelle norme «the legally binding character of which has been deliberately and sometimes explicitly denied by their authors, but which nevertheless cannot be considered as being merely morally or politically binding»¹⁰. Queste particolari

⁸ Così come riferito da attenta dottrina internazionalistica ed in particolare da R.J. DUPUY, *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la "Soft Law"*, in *L'elaboration du droit international public*, 1975, p. 138, Lord A.D. MCNAIR coniò il termine, in una serie di interventi orali, senza che però ve ne sia un riscontro scritto; si veda inoltre R.R. BAXTER, *International law in "Her Infinite Variety"*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1980, vol. 29, n. 4, p. 549 e ss. Tradizionalmente la dottrina italiana internazionalistica per definirlo utilizza la locuzione "atti quasi-giuridici". Sul punto A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Cedam, Padova, 2003, p. 169.

⁹ P. COSTANZO, *Hard law e soft law: il senso di una distinzione*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 261; sulla genesi internazionalistica del concetto di *soft law* A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2013, n. 58, p. 217 e ss.

¹⁰ D. THURER, *Soft law*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of public international law*, 2000, IV, pp. 452-453, il quale ricorda che il termine *soft law* viene normalmente utilizzato per descrivere principi, regole e norme relative ai rapporti internazionali non derivanti da fonti di diritto internazionale che, secondo l'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia, sono le conven-

norme avrebbero dunque in comune una certa prossimità al diritto e una certa rilevanza legale, sebbene non abbiano forza vincolante di per se stesse.

In termini più specifici, la dottrina internazionalista individua quattro aspetti utili a descrivere il concetto di *soft law*. Il primo consisterebbe nell'essere espressione di posizioni comuni da tenere nella conduzione delle relazioni internazionali, poiché la *soft law* nasce appunto nel quadro delle organizzazioni internazionali. Il secondo sarebbe l'essere creata da soggetti di diritto internazionale in contrasto con gli usi commerciali o con i codici di condotta impostati da organizzazioni private o aziende. Il terzo la *soft law* non si forma secondo i procedimenti prescritti per la formazione del diritto internazionale, non nasce da fonti del diritto formalizzate e dunque manca di forza vincolante. Nonostante ciò, essa si caratterizza infine per essere in qualche modo assimilabile al diritto, in quanto capace di produrre effetti giuridici o, se si preferisce, *lato sensu* normativi¹¹.

Conseguentemente secondo parte della dottrina di diritto internazionale, la *soft law* non potrebbe essere considerata fonte del diritto, ma «dotata di una speciale rilevanza legale» che gli deriverebbe dall'aver immediati effetti legali, dal suo ruolo fondamentale nel processo di sviluppo del diritto internazionale e dalla interrelazione esistente con il principio della *rule of law*, fornendo principi capaci di stabilizzare le politiche degli Stati ovvero svolgendo un ruolo di integrazione dell'ordinamento, laddove non esistano norme giuridiche vincolanti capaci di disciplinare determinate fattispecie, costituendo eventualmente la base per il loro sviluppo¹².

A confermare le summenzionate difficoltà di definizione, la progressiva esten-

zioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite, la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto, i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili e le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche.

¹¹ D. THURER, *Soft law*, cit., p. 454; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, p. 2.

¹² D. THURER, *op. cit.*, pp. 457-459, il quale sostiene che, quanto agli immediati effetti legali della *soft law*, essi agiscono specificatamente nel campo della buona fede. Ciò vuol dire che se le parti espressamente scelgono la *soft law* per la disciplina di un accordo o di un qualsiasi altro atto, deliberatamente vogliono escludere che esso abbia valore vincolante, ma, poiché il principio di buona fede non consente loro di contraddire le proprie condotte, l'aspettativa prodotta dall'aver adottato anche un atto di *soft law* è tutelata legalmente. D'altro canto però, la scelta dei governi della *soft law*, in quanto strumento non giuridicamente vincolante, nella disciplina delle relazioni internazionali determina una evidente elusione del sistema costituzionale di competenze relative alle relazioni internazionali, che consente loro di bypassare le strutture parlamentari. Inoltre la *soft law* ha anche una funzione importante nell'ambito della interpretazione del diritto internazionale, laddove i principi non siano stati espressi in trattati o in norme consuetudinarie, e ha un ruolo fondamentale per la giurisprudenza delle corti interne laddove si trovino avanti a concetti giuridici non perfettamente definiti e dunque si trovino ad agire con discrezionalità.

sione dell'uso della locuzione *soft law* a contrassegnare anche elementi giuridici diversi non solo nell'ambito dell'ordinamento internazionale, ma anche in quello europeo e nazionale, divenendo un concetto alquanto vago e poco descrittivo¹³ o, secondo altri, una molteplicità di fenomeni raccolti in via residuale in un unico insieme, «accomunati dal fatto di rappresentare risposte a pressanti esigenze di regolamentazione»¹⁴.

Risulta quindi utile nell'*incipit* del lavoro tentare di mettere ordine nel quadro definitorio assai variegato data l'ampiezza degli ambiti giuridici coinvolti.

2. Definizioni e caratteri della soft law

2.1. Definizioni e caratteri della soft law nella dottrina internazionalista

La dottrina internazionalista, come accennato, si divide fra coloro che attribuiscono alle regole contenute in atti di *soft law* valenza metagiuridica, per la quale, pur ammettendo che esse siano qualcosa di più che meri impegni di natura politica, non potrebbero essere equiparate a disposizioni giuridiche in senso stretto, perché non dotate di forza vincolante, in tal modo accedendo alla classica dicotomia fra *binding or non-binding norms* come unica possibile¹⁵.

In senso ancor più radicale, tale dottrina rifiuta la *soft law* considerandola *undesirability*: le norme giuridiche infatti dovrebbero essere poste attraverso i procedimenti formali appositamente predisposti, perché ciò protegge il sistema legale «from the arbitrariness on the part of the powers that be». La *soft law* invece, attraverso l'introduzione di interessi politici o di parte nell'ordinamento giuridico, contribuirebbe a far perdere oggettività e autonomia alle norme giuridiche che ne derivano, ponendo in grave pericolo il principio di legalità¹⁶.

¹³ E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., p. 2.

¹⁴ P. COSTANZO, *Hard law e soft law: il senso di una distinzione*, cit., p. 262. *Soft law* come insieme di “fenomeni” e non solo di atti, perché nel senso più ampio del termine esso accoglierebbe in sé anche un particolare “metodo di regolazione” (*soft regulation*) caratterizzata da riconoscimento di autonomia normativa e pariteticità dei soggetti regolatori, i quali spesso sono anche i soggetti regolati (in questo caso si parla di *self regulation*), e particolari strumenti che ne garantiscono l'osservanza, o anche, in senso ancora più ampio, i risultati di tale regolazione. Si ascrive spesso nello stesso ampio insieme denominato *soft law*, la c.d. *co-regulation*, procedimento in cui tali forme di regolazione si sommano a quelle tradizionali integrandole.

¹⁵ D. THURER, *op. loc. cit.*; J. KLABBERS, *The concept of Treaty in International law*, Kluwer law international, The Hague-London-Boston, 1996, p. 163 e ss.

¹⁶ J. KLABBERS, *The undesirability of soft law*, in *Nordic Journal of international law*, 1998, n. 11, p. 391, in uno scritto successivo a quello citato precedentemente radicalizza la sua tesi, negando totalmente l'utilità della *soft law* ed anzi indicandone i pericoli che la renderebbero non desiderabile.

Avverso tale tesi, altra parte della dottrina, ritenuta prevalente, sostiene argomentazioni a favore della *soft law* intesa come categoria giuridica. Per la qual cosa, pur non potendosi negare la “immaturità” giuridica delle regole contenute in tali strumenti, autorevoli studiosi hanno ritenuto che le finalità da esse perseguite fossero di notevole e crescente importanza per l’evoluzione del panorama internazionale e ciò avrebbe giustificato ragionevolmente e bilanciato la perdita della neutralità e rigidità, intese quali caratteristiche fondamentali che conferiscono alle norme natura giuridica *strictu sensu*¹⁷.

Inoltre la *soft law* contribuirebbe all’evoluzione del diritto internazionale, perché garantirebbe agli Stati la possibilità di vincolarsi in modo più o meno intenso al rispetto di determinati principi¹⁸.

Inoltre secondo parte della dottrina internazionalistica la *soft law* sarebbe «parametro della evoluzione della comunità internazionale e del diritto internazionale»¹⁹. Infatti se in origine essa era funzionale agli Stati al fine di sperimentare regole di convivenza, per poi formalizzarle²⁰, successivamente l’istituzione delle Nazioni Unite ha posto la necessità di un dialogo costante tra gli Stati, attraverso appunto la *soft law* divenuta a tal fine mezzo di comunicazione permanente. La citata finalità comunicativa avrebbe poi consentito l’apertura di negoziati internazionali volti alla trasformazione di principi non ancora formalizzati in norme vincolanti sancite nella forma di trattati e la *soft law* avrebbe dunque in questo contesto assunto la finalità di strumento di cooperazione tra gli Stati²¹.

A tale evoluzione oggi deve necessariamente aggiungersi il rilievo di non poco momento per il quale la “natura morbida” di questi strumenti, che ne determina la preferenza rispetto all’*hard law*, assolve anche alla necessità di adeguare veloce-

¹⁷R.J. DUPUY, *Droit déclaratoire et droit programmatore*, cit., p. 132, fa presente le considerazioni di tipo sociale, economico e ambientale e M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, cit., p. 19, la quale ricorda anche le numerose dichiarazioni della Assemblea Generale delle Nazioni Unite, di natura meramente programmatore o dichiaratoria, che hanno inciso sul processo di evoluzione del diritto internazionale, prima fra tutte la Dichiarazione Universale dei Diritti Dell’Uomo del 1948.

¹⁸R.R. BAXTER, *International law in “Her Infinite Variety”*, cit., p. 549, sostiene che compito dello studioso di diritto internazionale è quello di elaborare strumenti in grado di risolvere controversie fra gli Stati adattandoli ai loro bisogni e ciò è possibile grazie all’infinita varietà di regole giuridiche di diritto internazionale capaci di esprimere le diverse intensità degli accordi.

¹⁹M. DISTEFANO, *op. cit.*, p. 18.

²⁰Si pensi a gentlemen’s agreements o memorandum d’intesa così come individuati a tal fine dal A.D. MCNAIR, *The law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1938.

²¹M. DISTEFANO, *op. cit.*, p. 21 evidenzia come queste trasformazioni della *soft law* sottolineano anche la «fluidità del processo di formazione delle regole internazionali», che ben si adegua alla sua “natura morbida”.

mente il mondo giuridico alle incertezze che derivano dal continuo progredire delle conoscenze scientifiche e tecnologiche²².

L'analisi della prassi e della giurisprudenza internazionale, come anche della dottrina, evidenzia come la *soft law* nel diritto internazionale assolva due ruoli fondamentali. Il primo è quello di essere un valido strumento preparatorio per la formazione successiva dei trattati internazionali (*pre-law*). Il secondo è quello importante di ricostruzione in forma scritta di norme consuetudinarie o di principi già acquisiti dalla comunità internazionale, cristallizzando una norma *in fieri* o promuovendo la nascita di nuove (*para-law*). Infine essa è un valido e fondamentale strumento interpretativo di norme positive, svolgendo un ruolo spesso integrativo del contenuto delle stesse (*post-law*)²³.

Infine quanto alle conseguenze che vanno ricondotte all'inosservanza di norme e regole di *soft law*, anche in ciò la dottrina internazionalistica riprende le tesi summenzionate, divisa fra coloro che sostengono che la irrilevanza giuridica di tali norme dipenda appunto dalla assenza di conseguenze giuridiche in caso di violazione e coloro che sottolineano l'esistenza di meccanismi (c.d. *soft enforcement procedures*) di controllo dell'osservanza e dell'esecuzione, dei quali non si può negare il rilievo giuridico²⁴.

²² S. MALJEAN-DUBOIS, *Biodiversité biotechnologies, biosécurité: le droit international désarticulé*, in *JDI*, p. 949 e ss.

²³ M. DISTEFANO, *op. cit.*, pp. 26-29, cita una pluralità di casi in cui la Corte Internazionale di Giustizia ha fatto riferimento a principi e atti di *soft law* in modo però spesso altalenante fra due posizioni diverse: sottolineando l'importanza (come nel caso delle *Attività militari e paramilitari in Nicaragua* del 1986, in *Icj, Reports*, 1986, parr. 188-194, 202-209, nel quale ha utilizzato le risoluzioni delle Nazioni Unite, assegnando loro valore ricognitivo e probante dell'esistenza di norme consuetudinarie e dell'evoluzione del diritto internazionale) o attenuandone il valore (come nel caso *European Communities – Measures Affecting Meat and Meat Products (Hormones)*, in cui al par. 165 del suo rapporto del 16 gennaio 1998 l'Organo d'Appello ha ritenuto che non sia possibile trasformare in via interpretativa atti di *soft law* in regole vincolanti per il solo fatto di essere incorporati nel testo di trattati internazionali). Atti di *soft law* risultano utilizzati in modo preponderante nell'ambito del diritto dell'ambiente, settore in rapida evoluzione, nel quale risulta difficile utilizzare strumenti giuridicamente vincolanti come i trattati e la consuetudine. Fra tutti si ricordi la pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia *Gabcikovo-Nagymaros* del 1997, in *Icj, Reports*, 1997, p. 78, nella quale si afferma che "new norms and standards have been developed, set forth in a great number instruments over the last two decades. Such norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight".

²⁴ M. DISTEFANO, *op. cit.*, pp. 29-33. Per esempio meccanismi di controllo di tipo conciliativo sull'operato degli Stati sono previsti nei trattati sulla tutela dei diritti dell'uomo. Ma l'ambito in cui maggiormente sono applicate le *soft enforcement procedures* (comprehensive in questo caso anche di efficaci strumenti di prevenzione) è nuovamente il diritto ambientale, in cui è facile che le regole generali sulla responsabilità giuridica internazionale risultino difficilmente applicabili, perché le norme di diritto ambientale presenti nei trattati sono spesso imprecise e perché è difficile l'accertamento delle responsabilità degli Stati in caso di disastri, dei quali sovente è complicato ricostruire l'origine. Sul punto A. PELLET, P. DAILLER, *Droit international public*, Lgdj, Paris, 1999, p. 1244.

2.2. Definizione e caratteri della soft law nella dottrina comunitarista: la normatività fra teoria binaria e teoria della “normatività graduata”

La dottrina comunitarista approfondisce le argomentazioni in tema di *soft law*, non foss’altro perché negli anni le Comunità e poi l’Unione europea hanno fatto largo e ampio uso di tali atti proprio in ossequio a quella idea che li vuole legati alla *governance*.

Il concetto di *soft law* comunitaria, in breve, potrebbe darsi facendo leva sui suoi due elementi fondamentali: non avere valore legalmente vincolante, ma effetti pratici²⁵. In senso più completo si potrebbe citare quella dottrina che la definisce come: «The rules of conduct which find themselves on the legally non-binding level (in the sense of enforceable and sanctionable) but which according to their drafters have to be awarded a legal scope, that has to be specified at every turn and therefore do not show a uniform value of intensity with regard to their legal scope, but do have in common that they are directed at (intention of drafters) and have as effect (through the medium of the Community legal order) that they influence the conduct of Member States, institutions, undertakings and individuals, however without containing Community rights and obligations»²⁶.

Invero della *soft law* comunitaria esiste anche un’altra definizione resa da chi la individua in “impegni” più rilevanti di quelli meramente politici, ma meno di quelli giuridici, aventi in comune il fatto di non avere valore vincolante, ma una qual certa prossimità col diritto²⁷.

Secondo altra parte della dottrina nessuna delle summenzionate definizioni risulta soddisfacente, poiché il dato distintivo fra *soft* e *hard law* è evidentemente uno: il non avere la prima effetti vincolanti a differenza della seconda. Per cui, ciò che realmente può essere considerato il discrimine fra le due è la “dimensione finalistica” delle due tipologie di atti, perché «if no such binding force has been attributed to a Community instrument and it has only ‘some legal scope’ and practical effect, then one can speak of a soft law instrument»²⁸.

Il termine *law* nella locuzione della quale si discute è allora sinonimo non di *diritto* in senso stretto, ma più che altro di *rules of conduct*, regola o norma di

²⁵ F. SNYDER, *Soft law and institutional practice in the European Community Law*, in MARTIN S. (a cura di), *The construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noël*, Dordrecht, 1994, p. 198.

²⁶ G. BORCHARDT, K. WELLENS, *Soft law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, vol. 14, n. 5, p. 285.

²⁷ D. THURER, *The role of soft law in actual process of European integration*, in O. JACOT-GUILLARMOD, P. PESCATORE (a cura di), *L’avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1990, p. 131.

²⁸ L. SENDEN, *Soft law in european community law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 112. Di «prospettiva funzionalista o meglio esclusivamente funzionalista» che definisce il carattere giuridico e la effettività della *soft law*, parla anche A. ALGOSTINO, *op. cit.*, p. 259.

condotta²⁹ di natura normativa che prescrivano o invitino i destinatari ad adottare certi comportamenti o certe misure, escludendosi così dall'insieme degli atti di *soft law* le dichiarazioni meramente politiche, le quali esprimono semplicemente certi punti di vista, e atti che forniscono solo mere informazioni, i quali non costituiscono regole di condotta.

Da ciò si può comprendere come, secondo la dottrina comunitarista maggioritaria, a definire la *soft law* concorrano invero tre fondamentali elementi: l'essere essa *rule of conduct* o *commitment*; l'essere veicolata da strumenti non dotati di forza giuridica vincolante (*no legally binding force*), ma ciò nonostante certo non privi del tutto di effetti giuridici (*legal effect*); l'essere capace di influenzare i comportamenti dei consociati³⁰.

La *soft law* dunque esprime una tensione fra “*intention and result*”, nel senso che si tratta di regole di condotta dotate di effetti, i quali però non dipendono dall'avere forza giuridica vincolante. Potranno essere effetti giuridici *strictu sensu*, o effetti pratici, o ancora effetti *de facto*: la natura di tali effetti dipende dal fatto che gli obblighi o i diritti veicolati dagli atti di *soft law* siano o meno accompagnati da un'obbligazione giuridica o da una sanzione. Se, invece il conformarsi dei consociati agli atti di *soft law* è meramente volontario, allora è chiaro che essi producono effetti giuridici solo *de facto*³¹, mancando essa dunque di forza coattiva ed esplicando i suoi effetti a livello pratico con intensità e gradi di normatività variabili³².

Anche la caratteristica della *normatività* della *soft law* costituisce in dottrina un altro terreno di scontro, annoverandosi sul tema due grandi tesi: la teoria binaria (*the binary view*) e la teoria gradualistica (*the continuum view* o *the idea of graduated normativity*)³³. La teoria binaria, fondata sull'assunto fondamentale per il quale essenza del diritto è la sua normatività (il suo valore vincolante) e che essa non sia graduabile, accentua evidentemente l'opposizione fra *soft* e *hard law*. Secondo questa teoria o una norma è dotata di *valore vincolante* ed allora è una *norma giuridica* o non lo è³⁴, nessuna altra possibilità è prevista e conseguente-

²⁹ Così come anche riferito da F. SNYDER, *Soft law and institutional practice*, cit., 198 e D. THURER, *The role of soft law*, cit., p. 132.

³⁰ L. SENDEN, *Soft law in european community law*, cit., p. 132, dà la seguente definizione di *soft law* «*Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce oractical effects*».

³¹ L. SENDEN, *op. cit.*, p. 113.

³² Sul punto anche R.R. BAXTER, *op. cit.*, e A. ALGOSTINO, *op. cit.*, p. 260.

³³ A. PETERS, L. PAGOTTO, *Soft law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*, in *NewGov – New Modes of Governance Project*, 2006, p. 6 e T. FAJARDO, *Soft law*, Oxford Bibliographies, www.oxfordbibliographies.com, 30 gennaio 2014, pp. 6-8.

³⁴ D. SHELTON, *International law and “relative normativity”*, in *Evans, Malcom, International Law*, Oxford, 2003, p. 168.

mente il concetto di *soft law* è considerato logicamente impossibile, un paradosso, una contraddizione in termini.

Ancora più criticamente i sostenitori della teoria binaria ritengono che il concetto di *soft law* sia errato e confuso, attribuisca “giuridicità” a qualcosa che giuridico non è e «erodes the normative power of international and european legal order as a whole»³⁵.

La critica mossa alla teoria binaria, la quale esclude totalmente la *soft law* dalle fonti del diritto, è quella di essere poco legata alla realtà dei fatti, che evidenzia come governi o forze politiche non trovino nelle summenzionate categorie giuridiche alcun impedimento all'adozione di atti e strumenti giuridici anche non usuali e come un'analisi giuridica fondata sulla realtà dei fatti debba necessariamente essere informata alla semplice osservazione empirica per la quale atti, pur non rientranti nelle categorie giuridiche tradizionali, sono adottati in abbondanza³⁶.

Da tale critica nasce l'opposta teoria gradualistica³⁷, la quale parte dal presupposto che il diritto possa avere una varietà di effetti giuridici diretti e indiretti, più o meno intensi, poiché «different norms carry a variety of differing impacts and legal effects»³⁸. Si tratta della tesi già presente nella dottrina internazionalistica di matrice anglosassone per la quale il concetto di *normatività* non è monolitico e unidimensionale, ma graduato³⁹ e, dunque, le due categorie di *soft* e *hard law* non possono essere considerate distinte, ma parti di un unico insieme in continua evoluzione⁴⁰.

In termini più approfonditi la tesi trova il suo fondamento nella «policy-

³⁵ P. WEIL, *Toward Relative Normativity in International la?*, in *American Journal of International Law*, 1983, 77, p. 413. Dello stesso avviso R. BIN, *La scarsa neutralità dei neologismi*, cit., pp. 25 e 27, il quale ritiene che il giurista debba avere ben netta la distinzione fra ciò che è “fonte del diritto” e ciò che non lo è e tale può essere solo un atto, previsto come tale da una norma di riconoscimento, da una fonte sulla produzione. «Il *soft law*, per definizione, non c'entra con le ‘fonti del diritto’, ossia con l'*hard law*». Per il diritto dunque il *soft law* sarebbe un mero fatto, «il che non significa che sia privo di rilevanza, poiché concorre ad organizzare la realtà a cui la norma giuridica – che esso però non produce né concorre a formare – dovrà essere applicata».

³⁶ A. PETERS, L. PAGOTTO, *Soft law as a New Mode of Governance*, cit., p. 8.

³⁷ C. M. CHINKIN, *Normative development in The international legal system*, in D. SHELTON (a cura di), *Committed and compliance: the Role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 21 e ss.; U. MORTH, *Soft regulation and global democracy*, in M.L. DJELIC, K. SAHLIN ANDERSSON (a cura di), *Transnational Government: institutional dynamic of regulation, committed and compliance: the Role of non-binding norms in the international legal system*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 119 e ss. e ID. (a cura di), *Soft law in Governance and Regulation*, Cheltenham, 2004.

³⁸ R.R. BAXTER, *op. cit.*, p. 563.

³⁹ O. SCHACHTER, *Toward a Theory of International Obligation*, in *Virginia Journal of International law*, 1968, 8, p. 322.

⁴⁰ C.M. CHINKIN, *Normative development in the international legal system*, cit., p. 32.

oriented jurisprudence» sviluppata dalla scuola di New Haven⁴¹, della cui dottrina è dunque preliminarmente necessario dare qualche rapido accenno.

Le dottrine giuridiche *policy-oriented*, nell'ambito del diritto internazionale, professano un *approccio realista* ed interdisciplinare al diritto, in modo da incorporarvi elementi di scienza delle relazioni internazionali, con particolare attenzione ai comportamenti degli attori⁴². Più in particolare, la teoria realista della scuola di New Haven parte da alcune considerazioni di fondo che alimentano poi la teoria gradualistica della *soft law*. La prima di tali considerazioni è la constatazione per la quale il diritto è uno strumento «designed to promote human dignity and world public order»⁴³, per questo la politica non può essere considerata come un corpo estraneo al diritto, ma è parte di esso perché attraverso essa è possibile considerare quali siano gli obiettivi che una determinata scelta legislativa vuole perseguire.

Per questo motivo, se politica e diritto non sono due elementi fra loro estranei, ma la prima deve essere considerata parte del processo di produzione del secondo, allora i risultati e gli obiettivi che il diritto si propone di perseguire non sono (o non sono solamente e necessariamente) ciò che consegue alla applicazione delle norme considerate in senso positivistico, ma bensì «the product of choices we make in realizing the shared values of the community».

Conseguentemente, se il diritto è il prodotto di un procedimento che consegue a delle scelte e non un mero accadimento a cui gli individui sono soggetti, allora è necessario considerare le responsabilità che derivano da quelle stesse scelte⁴⁴. La portata veramente innovativa della teoria della *New Haven School* è quella di studiare l'ordinamento non semplicemente come un *corpus* di regole imposte, ma ponendo l'attenzione su chi queste regole le pone in essere, assumendosene le conseguenti responsabilità, e sugli strumenti necessari per affrontare le sfide poste dal un nuovo ordine mondiale⁴⁵.

Il diritto è quindi «policy statments which meet expectations of authority and

⁴¹ Sulla distinzione fra positivismo e realismo giuridico e, nell'ambito di quest'ultimo fra teorie *liberal* e teorie *policy oriented* di matrice statunitense P. BARGIACCHI, *Orientamenti della dottrina statunitense di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 120 e ss.

⁴² S.R. RATNER, A.M. SLAUGHTER, *Appraising the method of international law*, in S.R. RATNER, A.M. SLAUGHTER (a cura di), *The method of international law*, in *Studies in Transnational legal policy*, American Society of Internal Law, n. 36, Buffalo, 2006, p. 7.

⁴³ M. LAND, *Reflection on the New Haven School*, in *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 2013-2014, 58, p. 921 che cita M.S. MCDUGAL, H.D. LASSWELL, *The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order*, in M.S. MCDUGAL & Assocs., *Studies in World Public Order*, 1960, 3, p. 16.

⁴⁴ W.M. REISMAN, *The View from the New Haven School of International Law*, in *American Society of International Law*, 1992, pp. 118-120.

⁴⁵ W. MICHAEL REISMAN, *Theory About Law: Jurisprudence for a Free Society*, in *Yale Law Journal*, 1999, 108, pp. 935-937.

which are backed up by control intention», non è o non ne deriva necessariamente una coazione o una obbligazione per i consociati, ma una aspettativa sulla base della quale è possibile ipotizzarne “gradi diversi di normatività”⁴⁶.

I sostenitori di questa tesi, sebbene si dimostrino consapevoli che tale approccio non renda facile la distinzione fra norme giuridiche e non giuridiche, quali quelle morali, politiche o sociali, scelgono però un “approccio realista” al mondo del diritto, perché la teoria gradualista si adegua maggiormente alla realtà degli ordinamenti statali che si dimostra così diversificata da non poter essere facilmente confinata in categorie o etichette.

In tal senso uno studio giuridico sulle fonti non può che fondarsi su fenomeni reali, perché funzione dell’ordinamento è appunto “dare ordine” alla realtà e guidare i comportamenti dei consociati; ignorare la realtà nelle sue estreme diversificazioni o descriverla in modo più che semplicistico corrisponde a svalutare la funzione del diritto e a perdere la sua funzione prescrittiva e ordinamentale⁴⁷.

La *giuridicità* di una norma dunque secondo questa teoria non è solo sinonimo di *validità*, ma piuttosto è legata alla sua *legittimità* e alla sua *efficacia*, per cui essa può essere più o meno *efficace* e dunque più o meno *giuridica*⁴⁸. La distinzione fra *principi*, *regole* e *norme* è utile a spiegare l’idea della “*normatività graduata*” e per questo i sostenitori di questa tesi si rifanno al pensiero di Dworkin ed Alexy⁴⁹.

In particolare l’idea di Dworkin, secondo cui il diritto è strettamente connesso alla moralità politica⁵⁰ e dunque non esclusivamente alle «fonti formalmente valide, quali le statuizioni autoritative del legislatore, dell’amministrazione e dei giudici», ma anche alle «valutazioni morali, la cui validità si fonda non solo sulla loro accettazione da parte dei giudici e dei cittadini, ma anche sulla loro intrinseca correttezza, quali aspetti della moralità politica della comunità»⁵¹, comporta profonde implicazioni per la struttura del diritto stesso. Esso infatti si compone non solo di “regole” ma anche di “principi” diversi fra loro per alcune caratteristiche differenziali: i principi sono caratterizzati dall’esprimere valori supremi dell’ordinamento di una comunità; dal fondarsi sulla propria correttezza morale; dal ri-

⁴⁶ A. PETERS, L. PAGOTTO, *op. cit.*, p. 8, ritengono sulla scorta della teoria gradualista che «degrees of normativity are possible; they depend on attitudes, expectations and compliance».

⁴⁷ H. NEUHOLD, *The Inadequacy of Law-Making by International Treaties: “Soft Law” as an Alternative?*, in R. WOLFRUM (a cura di), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, 2005, p. 47.

⁴⁸ A. PETERS, L. PAGOTTO, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁹ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010 e R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012.

⁵⁰ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 2011.

⁵¹ G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, *Ronald Dworkin: i diritti presi sul serio, l’uguaglianza e i fondamenti della moralità politica*, in *Micromega*, Il Raosio di Occam, 2013, 3, p. 1.

chiedere per la loro applicazione una ponderazione e un bilanciamento; dall'essere un riferimento necessario per l'attività interpretativa e dal poter condurre alla disapplicazione di regole incompatibili con essi⁵². Quest'ultima caratteristica differenziale ha anche un'influenza strutturale sull'ordinamento giuridico, considerato che i principi debbono essere bilanciati nei casi concreti alla luce della loro rilevanza e rimangono validi anche se talvolta disapplicati per la prevalenza di principi contrastanti⁵³.

La differenza fra principi e regole è dunque innanzitutto di tipo logico: «entrambi ci guidano a particolari decisioni su quali siano gli obblighi giuridici in determinate circostanze, ma differiscono nel carattere della direttiva che forniscono. Le regole sono applicabili nella forma del 'tutto o niente'», mentre i principi non pretendono «neppure di fissare le condizioni che rendono necessaria la propria applicazione», piuttosto esprimono «una ragione che punta in una certa direzione, ma non necessita di una particolare decisione»⁵⁴.

Inoltre fra principi e regole esiste una differenziazione di tipo 'ponderale': i primi hanno «la dimensione del peso o dell'importanza», che comporta che in caso di conflitto fra due o più principi debba essere operato un "bilanciamento", considerando "il peso relativo" di ognuno di essi e facendo prevalere uno rispetto agli altri, senza però mai annullarli del tutto. Le regole invece non presentano quest'aspetto: nell'ordinamento considerato nella sua generalità non esistono regole più importanti di altre, perché «quando due regole sono in contrasto una prevale sull'altra in virtù del suo maggiore peso»⁵⁵.

Riprendendo queste tesi elaborate sulla inequiparabilità di *principi e regole*, sebbene entrambi siano *norme giuridiche*, e ricordando che i primi sono *norme dal contenuto generico e non circostanziato*, veicolate da affermazioni di carattere assoluto, a differenza delle *regole*, che invece sono *norme* attraverso le quali vengono applicati i principi, dotate di un *contenuto circostanziato* e di un grado *elevato di specificità*, i sostenitori della teoria gradualista osservano che le *norme di principio*, proprio a causa della loro natura, possono essere osservate e applicate in modo più o meno intenso («they can be observed and fulfilled more or less»⁵⁶). Inoltre, l'applicazione costante da parte delle Corti costituzionali della tecnica del *balancing test* in caso di conflitto fra principi, è ritenuto uno dei capi-

⁵² R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., pp. 48-60, 116-127.

⁵³ Concetto poi sviluppato da R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012.

⁵⁴ R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 51 e 53.

⁵⁵ R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 54. Cfr. *contra* J. RAZ, *Legal principles and the limits of law*, in *Yale Law Journal*, 1972, pp. 81, 838, secondo il quale le regole prescrivono azioni specifiche, i principi azioni relativamente non specifiche.

⁵⁶ A. PETERS, L. PAGOTTO, *op. loc. cit.*

saldi del riconoscimento implicito «*of a relative hardness and weight of involved norms*». Se infatti, il bilanciamento assicura un equilibrio alle norme in conflitto, garantendo a quello risultante soccombente il minor sacrificio (*the less restrictive means*), senza mai violare il suo contenuto essenziale, la conclusione che se ne può trarre è che «*some laws are less binding than others*»⁵⁷ e dunque «*legality can be graduated*».

Secondo la teoria gradualistica dunque la *soft law* è già diritto, ma dotato di una effettività e di una efficacia propria, che dipendono dalla attuazione di doveri generali, come la buona fede, o di obblighi generici, come quello di collaborazione, o dal rinvio da parte di norme di *hard law*, «amplia(ndo) o concretizza(ndo) parametri giuridici, produce(ndo) auto-vincoli di diritto pubblico o privato»⁵⁸.

I rilievi della teoria gradualistica, invero, rendono innegabile l'assunto che essa costituisca almeno una «*fonte di fatto*», o quanto meno, pur non potendola considerare tale dal punto di vista formale, non è negabile che essa produca in qualche modo diritto. Se infatti si volesse utilizzare un concetto ampio di fonte del diritto, correlato al concetto di *normatività graduale*, sarebbe possibile per l'operatore giuridico individuare diverse tipologie di fonti: alcune forniscono norme immediatamente valide e vincolanti, altre invece forniscono «soltanto idee ispirazioni, orientamenti, effetti di indirizzo»⁵⁹.

2.3. (Segue) *La eterogeneità*

Nella dottrina comunitarista inoltre molta attenzione è data all'estrema *eterogeneità* del fenomeno della *soft law*, che deve essere considerato come un grande insieme all'interno del quale sono inseriti tutti quegli strumenti giuridici, accomunati dal non avere forza giuridica vincolante, i quali rechino norme di condotta, sebbene il loro *status* giuridico non sia chiaro e perfettamente definito⁶⁰.

Relativamente alla eterogeneità degli strumenti di *soft law*, la dottrina distingue due diverse tesi. Secondo una prima tesi, invero più risalente, nel grande insieme della *soft law* andrebbero inseriti strumenti giuridici reperibili solo nell'ambito del diritto internazionale, quali le dichiarazioni, le risoluzioni, le raccoman-

⁵⁷ J. ALDER, *Constitutional and administrative law*, Palgrave Macmillan, London, 2005, p. 52.

⁵⁸ J. LUTHER, *Riconoscimento di potere normativo ad atti non prodotti da poteri-fonte (la soft law)*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 67.

⁵⁹ B. PASTORE, *Soft law, gradi di normativa, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, n. 1, p. 9 e ID., *Il Soft law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società post moderne*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 12-14.

⁶⁰ F. BEVERIDGE, S. NOTT, *A hard look at soft law*, in P. CRAIG, C. HARLOW (a cura di), *Lawmaking in the european Union*, WG Hart Legal Workshop Series, vol. 2, Kluwer Law International, London, 1998, p. 290.