

SOFT LAW E (IN)CERTEZZA DEL DIRITTO CON PARTICOLARE RIGUARDO ALL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

Anna Lucia Valvo*

Sommario: 1. *Considerazioni di carattere introduttivo.* – 2. *Brevi riflessioni sul significato di norma giuridica.* – 3. *La portata rivoluzionaria del formalismo giuridico.* – 4. *Il soft law nel diritto internazionale.* – 5. *Soft law e Unione europea.* – 6. *Segue: sulla natura “giuridica” degli atti di soft law europei.* – 7. *Considerazioni di carattere conclusivo: sulla sostanziale assenza di democraticità del sistema denominato soft law.*

1. Tentare un inquadramento sistematico e una compiuta qualificazione di quel che viene tradizionalmente indicato con la locuzione *soft law*, è impresa piuttosto ardua quando non addirittura inutile.

Sul piano metodologico, l'analisi è diretta a suffragare l'idea della sostanziale estraneità del *soft law* al *diritto* propriamente inteso e ad evidenziarne la intrinseca contraddittorietà in ragione delle caratteristiche di rigidità e obbligatorietà del diritto inteso nella sua accezione positiva.

Oggetto di studio relativamente risalente nel tempo, la nozione di *soft law*, che affonda le radici nella elaborazione della dottrina internazionalistica, fa registrare differenti e antitetici punti di vista contrapponendo chi, con approccio formalpositivista, ne disconosce l'utilità e l'esistenza¹ e chi, con approccio sostanzialista, in essa individua *regole e norme* contenute in strumenti privi di forma e di forza giuridica vincolante e tuttavia idonei a determinare e ad influenzare il comportamento dei suoi destinatari².

Premesso che quel che viene indicato come *soft law* non ha ancora ottenuto un convincente inquadramento teoretico e sempre che, a tutto ammettere, giuridica sia la natura degli atti (o fatti) che vengono fatti confluire nella nozione in oggetto, la definizione più accreditata è quella di F. SNYDER secondo il quale *soft law* sono le “rules of conduct which in principle, have no legally binding force but which never-

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università “Kore” di Enna. Avvocato del Foro di Roma.

¹ Autorevole dottrina ne intravede un fenomeno “di moda”, cfr. in tal senso G.U. RESCIGNO, *Note per la ricostruzione del sistema delle fonti*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 825. Altri ritengono, a giusto titolo, che in proposito non si possa parlare di norme giuridiche: cfr. R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 31 ss.

² Cfr., in proposito, le interessanti osservazioni di A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in Convegno annuale AIC, *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Catania 14-15 ottobre 2015, sul sito internet www.archivio.rivistaaic.it.

theless may have practical effect”³. Dunque, regole che non hanno effetti vincolanti e che, pur prive di sanzionabilità, esplicherebbero tuttavia effetti di carattere pratico indirizzando in una qualche misura il comportamento dei destinatari di esse⁴.

Dunque, atti privi dei caratteri e della forma propri degli atti normativi e tuttavia ritenuti sostanzialmente vincolanti in ragione della loro autorevolezza (*moral suasion*)⁵.

2. La norma giuridica è un precetto che svolge una funzione di carattere essenzialmente prescrittivo: autorizza o meno un determinato comportamento, è rivolta ad una pluralità indeterminata di destinatari e prevede una sanzione nel caso di sua inosservanza.

Dunque, la norma è giuridica in quanto prescrive un determinato comportamento, esprime un carattere obbligatorio e coattivo ed è diretta a regolare i rapporti fra i consociati all’interno di un ordinamento che predispone gli strumenti idonei a far osservare il precetto normativo a prescindere dalla volontà dei destinatari.

Essa, in altri termini, esprime l’idea di un dovere (di fare, di non fare, di sopportare, ecc.) del tutto estraneo ad altri tipi di norme (moralì o religiose, per esempio) che sono frutto di una adesione spontanea e il cui rispetto è rimesso alla coscienza dell’individuo o agli atti riconducibili al c.d. *soft law*.

Questi ultimi, infatti, pur nella eterogeneità delle definizioni datene dalla dottrina, per unanime consenso sono del tutto privi di carattere coercitivo ancorché idonei ad “indirizzare” in qualche modo il comportamento dei destinatari⁶.

Per altro verso, mentre le norme giuridiche (il diritto) sono prodotte (derivano da) organi istituzionali preposti alla loro produzione secondo procedure formali, la *soft law* prescinde da tali procedure e non necessariamente proviene da istituzioni rappresentative ma deriva da “nuove modalità di gestione dei processi decisionali” (*governance*)⁷.

Parte della dottrina ritiene ben possibile prescindere da un inquadramento formalistico delle norme giuridiche ammettendo (quando non ritenendola necessa-

³ F. SNYDER, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in S. MARTIN (eds.), *The Construction of Europe*, Dordrecht, 1994, p. 198.

⁴ Cfr. B. PASTORE, *Le molte facce del soft law*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2003.

⁵ Cfr. G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law (editoriale)*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2, 2016, il quale sostiene che ad onta del disaccordo in merito agli effetti di tali atti, “Vi sono comunque dei punti fermi: a) la *soft law* consiste in regole di condotta prive di coercibilità in senso tradizionale; b) non è ascrivibile tra le fonti del diritto; c) tali regole possono tuttavia produrre effetti pratici. Effetti che si traducono anzitutto in una influenza verso i destinatari”.

⁶ Cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

⁷ Cfr. R. BIN, *Soft law, no law*, cit., secondo il quale “[...] *soft law* rappresenta una produzione di regole che avviene per canali diversi dalle procedure formali tipiche delle istituzioni costituzionali di governo, e rinvia piuttosto a modi ‘nuovi’, comunque diversi di gestire processi decisionali complessi, la *governance*”.

ria) l'individuazione di regole *soft*, meno "ingessate" e più adatte al mondo globalizzato; altra parte della dottrina ritiene, al contrario, ineludibile la base del dettato costituzionale e la corrispondenza della norma giuridica a quanto formalmente discende dalle istituzioni di governo.

Per dirla in termini, per così dire, giuspolitici, nel sistema ordinamentale italiano fondato sulla sovranità popolare, le fonti del diritto devono necessariamente articolarsi secondo le regole della democrazia costituzionale basata sul modello della democrazia rappresentativa che individua nella Costituzione la legge superiore che, ineludibilmente, definisce i limiti delle scelte politiche nel momento della loro normativizzazione.

In proposito, due orientamenti si contendono il campo: la teoria binaria e la teoria gradualistica.

Il primo dei due citati orientamenti parte dal presupposto della imprescindibilità del carattere vincolante del diritto che, in quanto tale, non sarebbe graduabile. Anzi, l'assunto su cui si basa questa teoria è che o una norma è dotata di carattere vincolante e dunque, in quanto tale (vincolante), è una norma giuridica, oppure non lo è⁸. Da ciò conseguirebbe la radicale negazione di atti di *soft law*, considerato una contraddizione, un paradosso.

Al contrario, l'orientamento cosiddetto gradualistico ammette che il diritto possa avere una pluralità di effetti giuridici, più o meno intensi, diretti e indiretti. Questa teoria si baserebbe sul presupposto che il concetto di normatività è un concetto graduato che consente di individuare le due categorie di *soft* e *hard law* come differenti aspetti di un insieme in continua evoluzione⁹.

3. Con la locuzione *soft law* si suol indicare una variegata pluralità di atti (*linee guida, circolari, codici di condotta*, ecc.) al cui carattere eterogeneo farebbe da contrappeso un principio unificante: i.e. l'esser tutti espressione di *normatività*¹⁰ nel senso che, pur in assenza di vincolatività, questi atti esplicherebbero effetti giuridici sul presupposto che i loro destinatari vi si adeguerebbero in ragione della autorevolezza della fonte di provenienza.

Pur non essendo dato ravvisare il fondamento di legittimazione di tali atti, parte della dottrina non dubita della loro "giuridicità" che si baserebbe sul principio della effettività, a prescindere dalla forma e dalla procedura di emanazione di tali atti.

⁸ Cfr. D. SHELTON, *International law and relative normativity*, in M. EVANS (edited by), *International Law*, Oxford, 2003, p. 168.

⁹ O. SCHACHTER, *Toward a Theory of International Obligation*, in *Virginia Journal of International Law*, 8, 1968, p. 322; C.M. CHINKIN, *Normative development in the international legal system*, in D. SHELTON (edited by), *Committed and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford, 2000, p. 32.

¹⁰ Cfr., in proposito, B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2, 2016, p. 32.

Tuttavia, a voler ammettere l'asserito carattere *giuridico* di questi atti, la loro eterogeneità, la incertezza della fonte di produzione e la mancanza di una procedura e di una forma preconstituita, potrebbe determinare lo sgretolamento dei principi democratici su cui si basa lo Stato costituzionale.

Basti pensare al *deficit* di democrazia che affligge l'Unione europea che si concretizza in ragione del "superamento" delle tipiche forme di produzione normativa dello Stato nel senso che atti normativi vincolanti per gli Stati e per i cittadini non sono il risultato dell'attività autonoma e diretta del Parlamento europeo ma sono la risultante dell'attività di istituzioni non democraticamente elette con la partecipazione, più o meno incisiva, del Parlamento europeo¹¹ (più precisamente interdittiva).

Il *deficit* democratico rappresenta il problema irrisolto dei processi decisionali europei nonostante le varie modifiche, anche nel senso di una sua possibile soluzione, cui nel corso degli anni sono stati sottoposti i Trattati.

Un sistema democratico, infatti, può esser valutato in termini di auto-organizzazione politica di una società che si costituisce e si plasma attraverso la volontà dei consociati. Per conferire legittimità al diritto politicamente statuito è necessario che questo trovi una corrispondenza nelle istanze e nelle esigenze che promanano dai cittadini; istanze ed esigenze democraticamente rilevate.

Attualmente, però, il Parlamento europeo non può esser considerato come sede del legittimo esercizio della volontà dei popoli degli Stati membri dell'Unione europea, né è possibile individuare nel suo attuale modo di essere un vero e proprio Parlamento legittimante una volontà politica che si traduce, come dev'essere, in atti normativi.

Sotto tale specifico profilo, non lontano dalla realtà appare quanto sostenuto da BIN il quale ritiene che il *deficit* democratico poggia le sue fondamenta sulla circostanza che la Comunità europea è stata creata in ragione ed in funzione del mercato e che di tale impronta genetica non si è mai liberata¹².

A tutto volere ammettere, dunque, appare evidente che il voler riconoscere efficacia giuridica ad atti che sfuggono al procedimento di produzione normativa, per quanto funzionale alle regole del mercato (e dunque ad interessi determinati), rappresenta una involuzione sotto il profilo del controllo democratico e della tutela dell'interesse generale della collettività.

¹¹ Cfr. A.L. VALVO, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2019, p. 79: "Il riferimento si giustifica per il fatto che atti normativi di natura sostanzialmente "legislativa" e direttamente applicabili all'interno degli Stati membri (con effetti immediati nella sfera giuridica soggettiva dei privati) sono emanati dal Consiglio su proposta della Commissione: organi che, da un canto, non godono della investitura da parte dei cittadini e, d'altro canto, sono sostanzialmente sottratti al controllo politico parlamentare, quantomeno il Consiglio".

¹² Cfr. R. BIN, *Soft law no law*, cit., p. 35, il quale sostiene che "Questo deficit non è affatto un incidente di percorso, un difetto destinato a trovare presto un rimedio; è invece un elemento progettuale senza il quale il progetto – il mercato globale – non sarebbe realizzabile, non funzionerebbe".

Nondimeno, anche a voler ammettere effetti “vincolanti” degli atti di *soft law*, occorre rilevare che l’adempimento da parte dei destinatari può essere meno spontaneo di quel che appare in quanto adempimento indotto dai soggetti da cui proviene l’atto in questione e senza che tali soggetti siano sempre democraticamente legittimati a “produrre” tali atti.

In tale ottica, appare evidente come un certo formalismo giuridico manifesti tutta la sua portata rivoluzionaria nella misura in cui si pone come strumento di protezione delle istanze dei più deboli in contrapposizione a strumenti normativi (?) di eterogenea e dubbia provenienza che possono nascondere esclusivamente l’imposizione della volontà del più forte¹³ la cui azione si sottrae al controllo di legalità che, per definizione, è e resta definita in termini di *hard law*¹⁴ e dunque in termini di diritto rivolto alla tutela dell’individuo che si trova in una posizione di inferiorità (non solo economica) .

In tal senso ci si domanda se davvero sia possibile individuare una portata innovativa della *soft law* in grado di interpretare e assecondare i mutamenti della società o se, al contrario, la vera portata rivoluzionaria sia da individuare nel formalismo giuridico e nelle procedure della democrazia parlamentare che, pur a voler ragionare in termini di “mitologia dello Stato liberale”, offrono maggiori garanzie anche sotto il profilo della certezza del diritto e di ciò che è *diritto* e di ciò che non lo è¹⁵.

Né, d’altra parte, si vede in che modo l’esperienza giuridica possa ritenersi “arricchita” dal fenomeno del *soft law* che, di elaborazione prevalentemente dottrinale, presenta tali caratteri di ambiguità e ambivalenza da alimentare vaghezza ed incertezza normativa¹⁶. Non a caso la categoria in oggetto non incide (e non può incidere) minimamente al livello del diritto penale sostanziale e processuale nella misura in cui il sistema penale, *hard law* per definizione, si muove in una direzione antitetica

¹³ Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, 1997, p. 740, il quale, in merito alla forma, osserva che il suo principale merito “è di servire da barriera fra il forte e il debole”.

¹⁴ Cfr. 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*, Torino, 2014, p. 261.

¹⁵ R. BIN, cit., là dove sottolinea che “Devviare dalle forme tipiche della produzione di norme generali significa smarrire uno dei capisaldi dello Stato di diritto, la netta separazione tra i documenti che sono abilitati (e legittimati) a produrre regole obbligatorie per la generalità dei consociati e i documenti che sono privi di tali obbligatorietà. Sarà anche vero che tutto ciò appartiene alla mitologia dello stato liberale, che assegnare alle istituzioni rappresentative la funzione di garantire la “volontà generale” risponda più all’ideologia che alla realtà effettiva dello Stato costituzionale, ma non è certo meno vero che le prassi di negoziazione politica tipiche della governance aprono un canale privilegiato per gli interessi sociali più forti e meglio organizzati: sicché la “legittimazione dal basso” che può giustificare la produzione normativa “negoziata” o comunque ispirata dal “mercato” o dalla “cosa da regolare”, non è per nulla tranquillizzante, se riletta dall’angolo visuale dello Stato di diritto e dei suoi principi”.

¹⁶ Cfr. M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 70 ss., la quale sostiene la necessità di una definizione del *soft law* anche in ragione del fatto che: “Si tratta di un ambito giuridico pieno di incertezze e di sfide che, per così dire, conquista sul campo la sua identità giuridica”.

a quella della *soft law*¹⁷ anche in ragione del carattere prettamente statualistico del diritto penale che si pone in netta contrapposizione con la eterogeneità degli atti di *soft law* spesso provenienti da enti non necessariamente riconducibili ai poteri statali e dunque non sempre espressione di poteri a carattere *territoriale*¹⁸.

4. Si è detto che il *soft law* indica una pluralità di atti non riconducibili alle classiche fonti del diritto ed è espressivo di disposizioni che, pur esprimendo un contenuto normativo, sono inserite in atti non vincolanti sotto il profilo giuridico. In altri termini, il *soft law* esprimerebbe *aspirational obligations*¹⁹, obblighi potenziali che in futuro potrebbero diventare vincolanti; norme di comportamento non vincolanti *rilevanti* sul piano giuridico.

L'asserito contenuto normativo degli atti di *soft law* varrebbe a distinguere questi ultimi dalle disposizioni a contenuto politico con carattere programmatico dirette a delineare gli indirizzi generali della vita di relazione internazionale mentre la mancanza di carattere vincolante li distinguerebbe dagli atti normativi propriamente detti (*hard law*).

In realtà, la dottrina internazionalistica si divide fra chi disconosce la valenza giuridica degli atti di *soft law* giungendo a considerarli *undesirability*²⁰ in quanto idonei a mettere in pericolo lo stesso principio di legalità e chi, al contrario, attribuisce il rango di categoria giuridica agli atti di *soft law* anche in ragione del loro ruolo in termini di evoluzione del diritto internazionale. Qualcuno giunge a ritenere il *soft law* come “parametro della evoluzione della comunità internazionale e del diritto internazionale”²¹.

Nondimeno, lo studio della prassi internazionalistica evidenzia un ruolo, per così dire, plurifunzionale degli atti di *soft law* nella misura in cui questi svolgerebbero un ruolo di *pre law*, i.e. strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti; di *post law* nel senso di strumento di interpretazione ed integrazione di atti vincolanti e *para law* nel senso di strumenti alternativi ad atti vincolanti²².

Dunque, lo sforzo ricostruttivo teso a delineare un inquadramento sistematico e univoco della nozione di *soft law*, non sembra aver ancora prodotto risultati

¹⁷ Cfr., in tal senso, A. BERNARDI, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze, intersezioni*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law*, cit., p. 1 ss.

¹⁸ Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, 2006, p. 8 ss.

¹⁹ Cfr. A. SINAGRA – P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico* (3), Milano, 2019, p. 142.

²⁰ Cfr. J. KLABBERS, *The undesirability of soft law*, in *Nordic Journal of Intenational Law*, 11, 1998, p. 391.

²¹ Cfr. M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2003, p. 18, il quale, tuttavia, non manca di riconoscere il carattere paradossale dell'accostamento del termine *soft* al termine *law*.S

²² Cfr. G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, cit., p. 2. L. SENDEN, *Soft law in European Community Law*, Oxford, 2004, p. 120.

soddisfacenti e gli asseriti effetti giuridici²³ riconducibili agli atti di *soft law* non sembrano sufficienti a far assurgere tale categoria al rango di fonte del diritto²⁴.

In proposito, si ritiene di condividere l'opinione di chi sostiene che "Il *soft law*, per definizione non c'entra con le fonti di diritto, ossia con l'*hard law*", ritenendo, a tutto ammettere, un ruolo di tali atti sotto un profilo tipicamente interpretativo²⁵ ovvero esortativo.

In altri termini, pur a voler ammettere l'esistenza di atti che sul piano dell'effettività possono essere idonei ad incidere sul piano giuridico, non si ravvisa la necessità di giustificarne la classificazione come fonte del diritto all'interno di un ordinamento che si ispira (o pretende di ispirarsi) a principi democratici: constatarne l'esistenza sul piano meramente fattuale o dell'effettività, non significa necessariamente accettarli come "fonte" (o asseritamente tale) di produzione normativa svincolata dai principi e dagli organi dello Stato democratico di diritto²⁶.

5. Alla luce di quanto fin qui detto, si può senz'altro sostenere il carattere paradossale²⁷ del fenomeno inquadrabile nella categoria del *soft law*; fenomeno quasi antitetico all'idea del diritto nella misura in cui, pur privo di forza cogente, sarebbe tuttavia produttivo di effetti giuridici²⁸.

Oltre che in ambito internazionalistico, sembrerebbe che la categoria del *soft law* sarebbe protagonista indiscussa all'interno dell'Unione europea²⁹. Un esempio tipico sarebbero le *raccomandazioni* della Commissione e del Consiglio, i *libri bianchi*, i *libri verdi*, i *codici di condotta*, *gli orientamenti*, le *comunicazioni*, le *risoluzioni* e quant'altro di asseritamente giuridicamente rilevante nei rapporti fra Istituzioni e fra Istituzioni e Stati membri.

In passato anche la Carta di Nizza è stata annoverata fra gli atti di *soft law*; tuttavia, la questione è ormai superata per la sua entrata in vigore all'esito dell'en-

²³ Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 132.

²⁴ Cfr., fra tanti, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, seconda ed., Milano, 2011. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2012, p. 231.

²⁵ Così R. BIN, cit. p. 37. Di contrario avviso PASTORE, *Le molte facce*, cit., il quale ritiene che "ci sono fonti che forniscono all'operatore giuridico immediatamente una norma valida e fonti che offrono soltanto idee, ispirazioni, orientamenti, effetti di indirizzo", p. 12.

²⁶ Cfr. le interessanti osservazioni di A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *costituzionalismo.it*, 3, 2016, che a p. 265 osserva che "[...] è evidente la differenza fra un diritto prodotto da organi che possiedono una legittimazione democratica e ai quali è attribuita la competenza ad intervenire in un determinato ambito e un diritto che si impone in virtù della sua forza (persuasiva)".

²⁷ Cfr. T. GIARO, *Dal soft law moderno al soft law antico*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law*, cit., p. 83: "Soft law è una denominazione paradossale che significa diritto non vincolante, ma pur sempre non privo di conseguenze, per lo meno sul piano fattuale".

²⁸ "Nella *soft law* non conta la formulazione della regola, ma contano gli effetti pratici che essa riesce a produrre": così M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, cit., p. 73.

²⁹ Cfr. A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit.

trata in vigore del Trattato di Lisbona che all'art. 6 TUE le attribuisce lo stesso valore giuridico dei trattati.

Il *libro bianco* del 2001 della Commissione europea sulla *governance*³⁰ sottolinea come l'atto normativo sia soltanto "una parte di una più ampia soluzione, nella quale si combinano norme formali con altri strumenti non vincolanti quali raccomandazioni, orientamenti o anche autoregolamentazione secondo uno schema concordato in comune".

L'art. 288, comma 5, del TFUE, contempla, oltre agli atti normativi tipici, un'altra categoria di atti: le raccomandazioni e i pareri, limitandosi a definirla in termini negativi stabilendo soltanto che essi non sono vincolanti.

La *Raccomandazione* è lo strumento cui nella generalità dei casi ricorrono le organizzazioni internazionali per ottenere determinati comportamenti da parte degli Stati e si caratterizza per la sua tipica connotazione di carattere esortativo (e non vincolante) nella misura in cui sollecita i destinatari dell'atto ad assumere determinati comportamenti.

Parimenti non vincolante, il *Parere* consiste nella manifestazione del punto di vista della Istituzione che lo emette su una determinata questione.

Si tratta di un giudizio nel quale non è dato rinvenire quel tratto esortativo che è tipico delle *Raccomandazioni*.

Si tratterebbe di tipici atti di *soft law* in cui la mancanza del carattere obbligatorio non ne farebbe perciò stesso venir meno la caratteristica di atti idonei a produrre conseguenze giuridiche. Nella sentenza del 13 dicembre 1989, causa c-322/88, *Grimaldi*, la Corte di giustizia ha chiarito che le *Raccomandazioni* sono produttive di effetti giuridici nella misura in cui i giudici nazionali sono tenuti a prenderle in considerazione nelle decisioni che assumo nelle cause sottoposte alla loro cognizione.

In proposito, la Corte ha stabilito che "Gli atti di cui trattasi non possono essere considerati ... privi di qualsiasi effetto giuridico. Infatti, i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie [oggi dell'Unione] aventi natura vincolante"³¹.

³⁰ Cfr. A.L. VALVO, *Contributo allo studio della governance nella Unione europea, aspetti giuridici e politici*, Milano, 2005.

³¹ Nella sentenza in questione la Corte di giustizia specifica che "le raccomandazioni della Commissione 23 luglio 1962, per l'adozione di un elenco europeo di malattie professionali, e 20 luglio 1966, n. 66/462, relativa alle condizioni di indennizzabilità delle vittime di malattie professionali, non possono di per sé attribuire ai singoli diritti di cui essi possano avvalersi dinanzi ai giudici nazionali. Tuttavia, questi ultimi sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare qualora siano di aiuto nell'interpretazione di altre norme nazionali o comunitarie" (par. 19).

Nondimeno, anche i *Pareri* sono idonei a produrre conseguenze giuridiche: si pensi agli atti emanati dal Consiglio senza la preventiva richiesta del parere delle Istituzioni cui tale parere deve essere obbligatoriamente richiesto e la cui assenza rende perciò stesso illegittimo l'atto per violazione delle forme sostanziali, ed in quanto tale passibile di essere dichiarato nullo dalla Corte di giustizia ex art. 264 TFUE³².

Per altro aspetto, la *raccomandazione* se ripetuta nel tempo con il medesimo oggetto e nei confronti del medesimo soggetto, può assumere il significato e la valenza di un atto accertativo di una violazione ove la raccomandazione solleciti il suo destinatario ad un comportamento dovuto in conformità ad un obbligo giuridico.

Ciò non toglie nulla al fatto che l'aspetto tipico della *raccomandazione* è che si tratta di un atto al quale può riconoscersi *moral force* ma non *legal force*³³.

Infine, sia *Raccomandazioni* che *Pareri* possono essere considerati vincolanti sotto il profilo politico nella misura in cui i destinatari degli stessi, se non giuridicamente vincolati ad adeguarsi al loro contenuto, se ne sentiranno obbligati quanto meno sotto il profilo, appunto, politico onde "compiacere" le aspettative delle Istituzioni da cui promanano oltre che degli Stati che al loro contenuto si sono già adeguati.

Raccomandazioni e *Pareri* possono essere diretti alle Istituzioni, agli Stati membri o alle singole persone fisiche e giuridiche.

Sia per l'uno che per l'altro caso, è previsto un generale potere di emissione da parte delle Istituzioni dell'Unione; la Stessa Corte di giustizia nella citata sentenza *Grimaldi*, ha affermato che "Le raccomandazioni, le quali [...] non sono vincolanti, sono in genere adottate dalle istituzioni comunitarie [ora dell'Unione] quando queste non dispongono, in forza del Trattato, del potere di adottare atti obbligatori o quando ritengono che non vi sia motivo di adottare norme più vincolanti".

L'emanazione di un parere è uno dei modi in cui il Parlamento europeo e altre Istituzioni partecipano al processo *legislativo* dell'Unione europea. Per tale tipologia di atti non è prevista alcuna forma particolare né la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea anche se, nella prassi, è invalso l'uso della loro pubblicazione.

³² Può anche accadere che sebbene all'atto sia stato attribuito il differente *nomen iuris* di parere, ci si trovi dinanzi ad un atto di diversa natura idoneo ad incidere giuridicamente nei confronti del destinatario, ad esempio ci si può trovare dinanzi ad una decisione. La possibilità di individuare la natura dell'atto normativo non sulla base del suo *nomen iuris* ma delle sue caratteristiche sostanziali, ne può determinare l'impugnabilità o meno dinanzi alla Corte di giustizia. Nella sentenza 15 marzo 1967, cause da 8 a 11/66 (*Cimenteries*) la Corte di giustizia ha qualificato come decisione un atto che, al contrario, la Commissione aveva considerato come un parere dichiarando che "L'atto di cui è causa, con cui la Commissione ha inequivocabilmente adottato un provvedimento avente conseguenze giuridiche che incidono sugli interessi delle imprese destinatarie, costituisce non già un semplice parere, ma una decisione. Gli eventuali dubbi sulla regolarità della notifica di detta decisione non ne alterano affatto la natura e sono irrilevanti agli effetti della ricevibilità del ricorso".

³³ Cfr. R. MANFRELLOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche di integrazione europea*, Torino, 2004, p. 192.

Nondimeno, al di là degli atti annoverati dall'art. 288 TFUE, le istituzioni europee ricorrono notoriamente all'uso di atti atipici. Oltre agli atti non vincolanti tipici (le *Raccomandazioni* e i *Pareri*), la prassi ha elaborato una pluralità di atti non vincolanti e non sempre produttivi di effetti giuridici cui ricorrere in ossequio a specifiche esigenze di natura politica o giuridica. Tali atti vengono indicati come atti "atipici" per distinguerli da quelli espressamente previsti nella citata disposizione normativa del Trattato³⁴.

Gli atti "atipici", per il loro carattere eterogeneo, mal si prestano ad una classificazione sistematica. In essi qualcuno ha voluto individuare un tipo di "impegni" ritenuti più vincolanti di quelli politici ma meno di quelli giuridici³⁵; una sorta di impegni privi di valore vincolante e tuttavia *prossimi* al diritto.

Quanto ai criteri per individuare la rilevanza giuridica o meno di tali atti, questi vanno rinvenuti nella giurisprudenza della Corte di giustizia che, come già ricordato, ha sempre precisato la necessità di guardare alla sostanza dell'atto e non al suo *nomen juris*.

Tuttavia, nell'ottica fin qui prospettata, il criterio metodologico che viene in linea di conto non si pone tanto nei termini della individuabilità o meno di atti c.d. di *soft law* nell'impianto europeistico quanto in termini di loro collocabilità o meno nel generale impianto normativo europeo e del modo in cui si collocano nel sistema delle fonti normative europee e nei rapporti con gli ordinamenti nazionali.

6. Si è detto che la Corte di giustizia ha precisato che le raccomandazioni possono svolgere funzioni di carattere interpretativo e che di esse devono avvalersi i giudici nazionali quando queste sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme europee aventi natura vincolante.

Sotto tale specifico profilo si tratterebbe di atti emanati al di là dei poteri attribuiti alle Istituzioni europee nella misura in cui sono adottate non solo quando non vi sia necessità di adottare norme [più] vincolanti ma anche nei casi in cui alle Istituzioni UE non è stato attribuito il potere di emanare atti obbligatori³⁶.

In proposito, occorre rilevare che l'asserita natura giuridica degli atti in questione introdurrebbe un ulteriore livello di deficit democratico atteso che l'emanazione di tali atti (non vincolanti ma asseritamente produttivi di effetti giuridici) legittimerebbe l'esercizio di attività "normativa" al di là delle competenze attribuite dagli Stati alle Istituzioni dell'Unione europea³⁷.

³⁴ Cfr. A. TOMASELLI, *Sugli atti atipici dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, Vol. IV, Roma, 2013, p. 503 ss. P. DE LUCA, *Gli atti atipici nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2012.

³⁵ D. THURER, *The role of soft law in actual process of European Integration*, in O. JACOT GUIL-LARMOD – P. PESCATORE (a cura di), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Zurigo, 1990, p. 131.

³⁶ Sentenza del 13 dicembre 1989, causa c-322/88, *Grimaldi*, cit., par. 13.

³⁷ Cfr. in tal senso, A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale*, cit., che a p. 273 condivisibilmente sostiene che "Se alle istituzioni comunitarie non è riconosciuta in un determinato settore la competenza

Nondimeno, la Corte di giustizia ha ammesso la legittimità di atti che non solo non sono riconducibili alle categorie di cui all'art. 288 TFUE ma non sono proprio previsti dal Trattato³⁸.

Nella "categoria" degli atti non previsti rientrano le *comunicazioni*, le *conclusioni*, le *risoluzioni*, i *programmi di azione*, le *dichiarazioni*, ecc.: atti privi di valore vincolante e di effetti giuridici che tuttavia "possono prestarsi al tentativo di creare degli obblighi di comportamento, falsando i meccanismi istituzionali, senza offrire adeguate garanzie per gli interessati"³⁹.

Rispetto ad essi, la Corte di giustizia, dando vita ad una fase per così dire "sostanzialistica" della sua giurisprudenza, si è variamente pronunciata sulla ricevibilità o meno dei ricorsi in funzione della capacità (o meno) di tali atti di produrre effetti giuridici vincolanti (a prescindere dal *nomen*) e si è ritenuta competente a sindacare la natura degli atti in questione in funzione del loro contenuto e della *intenzione* della Istituzione che ha emanato l'atto⁴⁰.

È appena il caso di rilevare come l'interpretazione della Corte di giustizia rispetto agli effetti giuridici di tali atti sia suscettibile di falsare (quando non di stravolgere) i meccanismi istituzionali⁴¹ e di produrre incertezza giuridica quantomeno sotto il profilo del mancato rispetto dei criteri preposti alla emanazione degli atti normativi dell'Unione europea e con conseguenze di dubbia legittimità democratica.

A parte il fatto che la Corte di giustizia si attribuisce in via autonoma una sorta di potere indiretto di individuare nuove fonti normative sotto il profilo del riconoscimento di effetti giuridici ad atti che, in molti casi, non ne hanno neanche la pretesa (oltre che la funzione), con quel che ne consegue in termini negativi rispetto alla legittima derivazione democratica delle fonti normative.

In realtà, la Corte di giustizia non fa mai un riferimento esplicito al termine *soft law*⁴² e tuttavia è proprio nella sua giurisprudenza che si può rinvenire l'origine

in ordine ad atti vincolanti, l'adozione di atti che non lo sono ma mirano comunque a produrre effetti giuridici, non è un tentativo di ampliamento surrettizio rispetto a materie (non) devolute? Si può realizzare in tal modo un'indebita [...] influenza sul legislatore e/o sul giudice nazionale, con un effetto a cascata sulla sovranità popolare, in quanto si produce diritto al di fuori dei meccanismi predeterminati dal quadro costituzionale".

³⁸ Cfr. G. STROZZI – R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, (II ed.), Torino, 2013, p. 206 ss.

³⁹ *Ibidem*, p. 307.

⁴⁰ La Corte ha dichiarato ricevibile un ricorso contro una deliberazione del Consiglio con cui gli Stati membri venivano invitati a concludere un accordo internazionale (31 marzo 1971, Commissione c. Consiglio, causa 22/70); parimenti ricevibili sono stati dichiarati un ricorso in annullamento contro un codice di condotta della Commissione ritenuto produttivo di effetti giuridici (13 novembre 1991, Francia c. Commissione, causa c-303/90) e contro una comunicazione della Commissione diretta ad interpretare alcune disposizioni di una direttiva ma, in realtà, produttiva di nuovi obblighi (16 giugno 1993, Francia c. Commissione, causa c-325/91).

⁴¹ Cfr. A. D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2002, p. 591.

⁴² Cfr. M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018, che a pp. 18-19 rileva come: "Dal punto di vista formale, bisogna tener conto del fatto che la

di tali atti nel sistema dell'Unione europea quando la Corte, in netta controtendenza con le sue precedenti pronunce⁴³, dichiara ricevibili i ricorsi avverso atti non previsti nel Trattato⁴⁴.

7. Sembra che nessuno, o quasi, metta in discussione l'esistenza di un sistema di *soft law* anche nel sistema europeo; variamente declinato nelle sue forme, modalità ed effetti, pur nella eterogeneità e vaghezza dei contenuti, l'orientamento maggioritario si attesta sulla asserita efficacia giuridica di questa pluralità di atti che vanno ricondotti al *soft law*.

Si ritiene, al contrario, che al di là della ammissibilità e giustificabilità in punto di efficacia giuridica di questi atti, non si riesce ad individuare il valore aggiunto della sussunzione di tali atti nella categoria della *law* (*soft*, ovviamente)⁴⁵.

Anzi, voler ammettere l'esistenza di atti di cosiddetto *soft law* nel sistema della UE, costituisce esclusivamente fonte di preoccupazione in punto di tenuta del pur fragile impianto democratico dell'Unione.

Tale sconfortata affermazione parte dalla constatazione che gli atti riferibili al *soft law*, sarebbero di provenienza pressoché esclusiva della Commissione europea e in qualche caso del Consiglio o della Banca Centrale Europea. Da tale semplice constatazione consegue che il voler necessariamente dotare di efficacia giuridica tali categorie di atti, significa implicitamente riconoscere e legittimare la Commissione europea, come anche altri organi esecutivi, come fonte di produzione normativa a detrimento del ruolo dell'Assemblea rappresentativa dei cittadini europei.

Se a ciò si aggiunge che la Commissione europea mantiene il monopolio dell'iniziativa legislativa⁴⁶ e che il meccanismo istituzionale di produzione normativa della UE⁴⁷ solo con una certa approssimazione si apparenta con i tradizionali meccanismi di democratica produzione normativa, è evidente che il *deficit* democratico da cui è affetta l'Unione europea lungi dall'esser colmato, in tal modo risulta vieppiù aggravato.

giurisprudenza comunitaria della Corte di giustizia come del Tribunale di primo grado non ha mai utilizzato nelle sue pronunce la locuzione *soft law*, né proceduto all'individuazione di quali atti ascrivere nella categoria, sebbene si debba alla giurisprudenza comunitaria il suo sviluppo e la sua espansione”.

⁴³ L'ultima decisione in tal senso è stata la sentenza del 18 giugno 1970, causa c-74/69 in cui la Corte affermava che “L'applicazione uniforme del diritto comunitario è garantita solo da atti formali, adottati a norma del Trattato”.

⁴⁴ Cfr. A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 14.

⁴⁵ Sotto tale specifico profilo si ritiene di non concordare con chi sostiene che “Chi discute di *soft law* non intende [...] confezionare un ossimoro o comunque un paradosso, bensì celebrare l'avvenuto superamento del tradizionale modello occidentale e statualista di produzione del diritto secondo i canoni del positivismo legislativo”, così A. SOMMA, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law*, cit., p. 153.

⁴⁶ Art. 17, comma 2, TUE.

⁴⁷ Art. 294 TFUE.

In tale contesto, la situazione appare ancor più grave se sol si considera l'incidenza del diritto dell'Unione europea all'interno degli Stati membri. Appare evidente allora che il riconoscimento di effettività ad atti di *soft law* funzionali, a tutto ammettere, alle esigenze del mercato e alla *governance* di una economia sociale di mercato, risulta essere quanto di più lontanamente riferibile all'idea di rappresentanza e di appartenenza della sovranità al popolo⁴⁸.

In tale prospettiva, la *soft law*, *cifra* della *governance* economica, si pone in una posizione antitetica ai principi dello Stato democratico e del pluralismo politico e sociale e si presenta come del tutto funzionale alle esigenze economico-finanziarie più che alle esigenze politiche e dello Stato sociale.

Si conferma allora quel carattere rivoluzionario del formalismo positivistico che garantisce nella sostanza egualitarismo giuridico e dunque lo Stato di diritto fondato sul pluralismo, in netta contrapposizione con un certo sostanzialismo tipico di uno Stato autoritario che, a tutto ammettere, dà luogo a tribunali speciali e a tribunali del popolo.

SOFT LAW AND (IN) CERTAINTY OF THE LAW WITH PARTICULAR REGARD TO THE ORDER OF THE EUROPEAN UNION

ABSTRACT: *The study wants to affirm the idea of the substantial extraneousness of soft law to law and to highlight its intrinsic contradiction in view of the characteristics of rigidity and compulsory nature of law understood in its positive sense. The notion of soft law is the elaboration of internationalist doctrine, and different and antithetical points of view can be identified on it. The doctrine is divided between formalists who do not recognize its usefulness and existence and the substantialists who identify rules and norms contained in instruments without form and binding legal force and yet capable of influencing the behavior of its recipients.*

KEYWORDS: *Soft law; Hard law; European Union; Legal formalism; Legal substantialism.*

⁴⁸ Cfr. A. ALGOSTINO, *La soft law*, cit., che a p. 280 esemplifica la questione nel senso che: “La soft law in questo caso si pone come emblema della destrutturazione del sistema delle fonti, che diviene sempre più liquido, informale, flessibile e policentrico, un sistema sempre più indifferente – e insofferente – rispetto al parametro della legittimazione democratica e rispondente a sovranità altre rispetto a quella popolare”.