Università degli Studi di Pavia

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di ricerca in
Diritto pubblico, giustizia penale e internazionale
XXXII ciclo

SOFT LAW E AGIRE AMMINISTRATIVO INFORMALE

Relatore:

Chiar.ma Prof. ssa Giulia Avanzini

Tesi dottorale di
Serena Poma

Anno Accademico 2018/2019

INDICE

INTRODUZIONE 7

CAPITOLO I: IL RICONOSCIMENTO DEL *SOFT LAW* DA PARTE DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO 11

1. Premessa introduttiva 11
2. La dottrina internazionalistica 14
3. La dottrina eurounitaria 18

3.1. Il *soft law* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Una notazione preliminare 24

3.1.1. In particolare: il *soft law* come fuoriuscita dalle competenze formali nel caso *Regno del Belgio contro Commissione Europea.* Le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale. 26

3.1.2. Ancora: il *soft law* come autovincolo all'esercizio del potere discrezionale nel caso *Kotnik e altri.* 30

4. *Soft law, self-regulation e co-regulation*. Alcune precisazioni terminologiche 33
5. Un *focus*: il *soft law* nella sua veste dinamica. Alcuni esempi 37
6. Delimitazione del campo di indagine e metodo del lavoro. 42

CAPITOLO II: IL RICONOSCIMENTO DEL *SOFT LAW* DA PARTE DELL'ORDINAMENTO AMMINISTRATIVO. UNO SGUARDO COMPARATO AL DIRITTO FRANCESE 45

1. Premessa introduttiva 45

2. Caratteri del *soft law* nel diritto amministrativo francese: dal *droit mou* al *droit souple* 50

2.1. In particolare: l'etimologia della norma come mezzo per accogliere la gradazione della normatività 52

3. La svolta del *Rapport Public sur le droit souple* 57

3.1. I *caratteri* del *soft law* per il Conseil d'État. Analisi della definizione del *droit souple.* 58

3.2. L'*échelle de normativité* adottata dal Conseil d'État 61

4. La reviviscienza della sentenza *Crédit foncier de France* per l'elaborazione di una *Doctrine d'usage du droit souple* 64

4.1. I limiti a un corretto impiego delle «*lignes directrices*». 68

5. La *Doctrine de recours au droit souple*. Il necessario superamento del test d'*utilité, effectivité* e *légitimité* 69

6. Le prime applicazioni giurisprudenziali del Conseil d'État. 74

CAPITOLO III: *SOFT LAW* E ORDINAMENTO AMMINISTRATIVO ITALIANO 78

1. Il *soft law* nella dottrina italiana. I pochi o nulli punti fermi. 78

1.1. In particolare: il *soft law* amministrativo nella prospettiva delle fonti terziarie e nella prospettiva ordinamentale 83

2. Le problematiche affrontate dalla giurisprudenza amministrativa 86

2.1. Il *soft law* come spazio di contorno della regola legale 86

2.2. Il *soft law* come regola di coerenza 88

2.3. Un *focus*: la peculiarità di alcuni atti atipici. 90

3. Un primo possibile approccio: il *soft law* visto attraverso le categorie cui si può manifestare 93

3.1. *Soft law* e norme interne 95

3.1.1. *Soft law* e circolari. 98

3.1.2. *Soft law* e direttive. 101

4. Riflessioni conclusive 105

CAPITOLO IV:LA FUNZIONE DIREZIONALE DEL *SOFT LAW* ATTRAVERSO LA PROSPETTIVA DELL'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA INTERNA 108

1. *Soft law* e attività amministrativa interna: i punti di contatto attraverso la prospettiva ordinamentale 108

2. La prospettiva storica come canale di inquadramento dell'attività amministrativa interna 114

2.1. Un *focus*: Il principio funzionalistico come *strumento* di rilettura dell'attività interna 117

3. Alla ricerca del fondamento: il pensiero di Vittorio Ottaviano. 118

4. L'Attività informale e la riscoperta del ruolo di prima linea dell'amministrazione nei confronti della società. 123

5. L'azione informale come momento di adeguamento alla realtà e la prassi amministrativa *praeter legem* come un possibile angolo visuale per cogliere l'informalità 128

5.1. Il nuovo fondamento della doverosità della prassi alla luce dell'art. 97 della Costituzione. 131

5.2. Prassi *praeter legem* e assenza di una disposizione normativa: l'importanza del sistema normativo generale per individuare il fine complessivo dell'agire amministrativo. 133

5.3. Prassi operativa e prassi interpretativa come modi per realizzare l'integrazione normativa. 135

6. *Soft law e agire amministrativo informale*: applicazioni a casi concreti 139

6.1. La prassi dell'amministrazione finanziaria a integrazione dell'elemento partecipativo nel procedimento di accertamento tributario di cui all'art. 12, comma 7 della L. n. 212 del 2000. 140

6.2. *Segue*. Il caso della localizzazione degli impianti eolici..... 145

6.2.1. In particolare: il potere conformativo di cui all'art. 152 del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 e la prassi elaborata dall'Amministrazione MIBAC. 148

6.2.2. La forzatura del dato positivo attraverso il concetto di «paesaggio». 151

CONCLUSIONI 154

BIBLIOGRAFIA 158

INTRODUZIONE

Per dare consistenza a un lavoro sul *soft law* nel diritto amministrativo si è cercato di prescindere da qualsiasi sua definizione, perché se le definizioni hanno il pregio di circoscrivere un concetto affinché la ricerca abbia un perimetro ben definito e possa al suo interno muoversi con coerenza, le stesse hanno, però, anche il difetto di precludere che qualsiasi altro aspetto di un fenomeno, un istituto o una problematica possa farne parte per mostrare un'altra direzione.

Volendo usare metaforicamente il linguaggio dell'economia, spesso si contrappone il concetto della rendita a quello dell'iniziativa economica. Le definizioni giuridiche possono essere associate a una rendita, perché si presentano talvolta come conoscenza acquisita senza un costo, tanto che si "lavora" spesso su concetti già proposti con lo scopo di svilupparli e perfezionarli come se fossero materiale grezzo che ha bisogno di essere raffinato. Al contrario, l'iniziativa economica ha a che fare con la possibilità di assecondare una opportunità.

Nel nostro caso, questo lavoro non si colloca sulla scia della rendita, non propone una meditazione profonda e strutturata di istituti e teorie giuridiche e pensieri difficilmente superabili da parte di chi scrive. Al più, questa ricerca ha a che fare con l'iniziativa economica, ovverosia con la possibilità di prendere una certa direzione che è poi un'eventualità di significato.

Il *soft law*, infatti, è stata approcciata dai giuristi in molte vesti, ma il punto di partenza di chi scrive è stato ritenere che il *soft law* sia sempre esistito nel diritto amministrativo e pertanto non possa essere associato semplicemente alla regolazione delle Autorità Indipendenti.

Si ritiene, dunque, di rendere conto del percorso di indagine. Il *soft law* amministrativo attiene più propriamente a un doppio spazio di azione in cui l'amministrazione si ritrova ad operare: da un canto, il primo punto di vista è quello delle fonti, e, in particolare, nel diritto amministrativo il *soft law* si colloca nello spazio tra la legge e il provvedimento, in quella zona grigia che rende fondamentale prendere in considerazioni le fonti terziarie; da

un altro canto, il punto di vista è quello della informalità come necessità dell'amministrazione di compiere azioni concrete per risolvere problemi pratici di cui talvolta è sprovvista negli strumenti.

Il cono di luce scelto per illuminare la realtà da indagare e grazie al quale si è pensato di studiare questo fenomeno ha colpito l'azione dell'amministrazione di fronte ai vuoti normativi: di fronte a questi vuoti l'amministrazione agisce *strategicamente*, con uno scopo ben preciso, inteso come bisogno da soddisfare o fine da raggiungere, tanto che l'intuizione politica si mescola all'intuizione del burocrate con il solo scopo di risolvere un problema pratico; e *informalmente*, perché talvolta non dispone degli strumenti adatti o forza il significato di altri o ne aggiunge di suoi.

La lente attraverso cui si può meglio osservare questo fenomeno è dunque il comportamento dell'amministrazione di fronte all'esigenza di "riempimento" di lacune normative: pertanto il lavoro nella parte esemplificativa si è concentrato soprattutto nell'analisi dello sviluppo di prassi amministrative *praeter legem* oppure di "atteggiamenti" che abbiano necessariamente una certa durata e tenuta.

Questo canale di osservazione penso ci aiuti a ridefinire il concetto di *soft law*, termine che non appare inadeguato nella misura in cui il *soft* sta ad indicare una latente assenza di obbligo, e il termine *law* a riconoscerne ugualmente una certa precettività.

L'attività amministrativa interna ha rappresentato una ricchissima fonte di conoscenza in quanto luogo privilegiato di osservazione del peso della *prassi*, come possibile sue manifestazione, e dell'*aformalità amministrativa*, perché permette di guardare le cose dall'interno e di concentrare l'attenzione su ciò che manca, anziché su ciò che è già presente.

Si noti, peraltro, che l'impostazione di fondo è stata tuttavia considerare l'attività interna e la prassi non nella loro dimensione statica, bensì *dinamica*, e dinamica nel senso che la prassi può "spingere" il diritto amministrativo verso una direzione.

In definitiva, l'ambizione è stata quella di rileggere il fenomeno del *soft law* alla luce dell'informalità.

L'amministrazione, grazie al suo posto in prima linea, può risultare, insieme alla dottrina e alla giurisprudenza, un utile alleato nel giudizio critico verso una legislazione

incompleta[1]. Ma per sfruttarne al meglio tali capacità diventa fondamentale renderla consapevole delle sue potenzialità. Al momento, infatti, non esiste in capo ai funzionari la consapevolezza circa l'utilità che il loro giudizio sulle cose può avere[2].

Sembra particolarmente utile allora richiamare il famoso studio compiuto intorno agli anni Novanta dal Massachusetts Institute of Technology (MIT) sull'industria automobilistica giapponese, in cui decine di ricercatori hanno provato a comprendere le differenze alla base del modello di produzione occidentale di stampo fordista con il modello giapponese di tipo *learn*, ritenuto alla base del successo della Toyota[3].

Tra i molti principi di cui composero la teoria del *Lean Production* o *Lean Manufacturing* (nota anche come "produzione snella"), i ricercatori teorizzarono anche quello della ricerca del miglioramento continuo (*Kaizen*), inteso come continua ricerca di soluzioni per il raggiungimento degli scopi prefissati. Questo comportava di spingere la risoluzione dei problemi a chiunque fosse più vicino agli stessi per trarre vantaggio dalla sua esperienza. Ciò aveva portato a ribaltare la responsabilizzazione degli operai a scapito dei dirigenti - che sebbene più preparati, erano anche più "distanti" - nel pensare all'approccio migliore per superare un ostacolo.

Cosa c'entra tutto ciò con l'Amministrazione? Metaforicamente e analogicamente, è l'Amministrazione a dover affrontare per prima un ostacolo (una lacuna normativa) e lo fa come può, quanto può. Avendo sullo sfondo il pensiero di Giannini che sosteneva come il principio di uguaglianza sarebbe stato attuato più dalla amministrazione che dalla legge, la dottrina, ampliando i suoi strumenti di studio e scandagliando le pratiche informali o il

[1] Si veda la riflessione limitata al compito della dottrina di diritto amministrativo di M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di Diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 760 «le ordinanze indicano alla scienza del diritto amministrativo che il contributo più valido che essa può dare alla forza del principio di legalità è quello di ritornare a essere, com'era stata nel Settecento, una critica della legislazione, capace di assumere pienamente il problema dell'effettività all'interno della considerazione giuridica». In senso analogo si veda anche M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 2018, fasc. 4, p.113.

[2] In tal senso, si veda anche F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2018, fasc. 1, in cui l'autore sottolinea come occorra un grande investimento sull'organizzazione e sulla formazione dei funzionari chiamati ad interpretare le relazioni informali e i nuovi bisogni della società: «la valorizzazione delle relazioni informali serve a dimostrare che le autorità pubbliche hanno nuovi strumenti per conseguire i propri compiti [..]Da questo punto di vista, allora, non si può non osservare che la formazione e la cultura dei dipendenti pubblici ancora riflette pochissimo queste trasformazioni. Affinché le esperienze non riproducano l'arretramento delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni, occorre un forte investimento sull'organizzazione».

[3] Cfr. D. ROOS; J. WOMACK; D. JONES, *The Machine That Changed the World: The Story of Lean Production*, Harper Perennial, 1991, trad. It. Rizzoli, a cura di A. Bellomi.

movimento della prassi (che forse meglio intercetta tale spostamento) può forse indicare una rotta che riduca il più possibile l'arbitrio dei funzionari, soprattutto perché l'Amministrazione, quando elabora una prassi, guarda e tende al futuro, e la prassi si insinua inevitabilmente nel procedimento che porta, infine, alla decisione concreta.

CAPITOLO I

IL RICONOSCIMENTO DEL *SOFT LAW* DA PARTE DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

Caratteri e funzioni del *soft law* a livello generale.

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. - 2. La dottrina internazionalistica. - 3 La dottrina eurounitaria. - 3.1. Il *soft law* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Una notazione preliminare - 3.1.1. In particolare: il *soft law* come fuoriuscita dalle competenze formali nel caso *Regno del Belgio contro Commissione Europea.* Le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale. - 3.1.2. Ancora: il *soft law* come autolimite all'esercizio del potere discrezionale nel caso *Kotnik e altri.* - 4. *Soft law, self-regulation e co-regulation*. Alcune precisazioni terminologiche. - 5. Un *focus*: il *soft law* nella sua veste dinamica. Alcuni esempi. - 6. Delimitazione del campo di indagine e metodo del lavoro.

1. Premessa introduttiva.

Di *soft law* si parla, in dottrina, con vari significati[1]. E va subito detto che esistono tanti *soft law* quanti siano gli ordinamenti rispetto ai quali viene studiato e che una sua eventuale definizione accusa i molteplici approcci con cui la scienza giuridica vi si è rapportata. Ne risulta compromesso, di conseguenza, qualsiasi tentativo di fornirne una trattazione omogenea, perché i caratteri del *soft law* assorbono inevitabilmente le specifiche del settore del diritto in cui viene impiegato[2].

[1] Il primissimo impiego del termine *soft law* sembra rimandare a A. MACNAIR, *The functions and differing Legal character of Treaties,* in *British Yearbook of International Law*, 1930, il quale utilizzò l'espressione per descrivere il fenomeno dei *non binding agreements* nel diritto internazionale.

[2] L. DE BERNARDIN, *Soft law*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5603. Si noti che nella letteratura italiana il termine «*soft law*» viene impiegano sia al femminile che al maschile. Il motivo va ricondotto al fatto che i tentativi di traduzione del termine *soft law* si scontrano con l'ambiguità che la locuzione inglese comporta, dal momento che, talvolta, viene utilizzata per indicare il «diritto», talaltra per riferirsi alla «legge». Nel proseguo della trattazione si adotterà il genere neutro perché si ritiene che il *soft law* sia prima di tutto un fenomeno: un fenomeno vecchio in veste nuova. Per di più, si tratta di un fenomeno eterogeneo dal momento che, come si vedrà, sotto questa denominazione sono ricompresi documenti dalla variegata natura, provenienza e funzione, accumunati dalla comune mancanza di forza cogente, ma produttivi tutti di effetti pratici, che sono poi anche effetti giuridici. Sugli "antenati" del *soft law*, si veda T. GIANO, *Dal soft law moderno al soft law antico*, in *Soft law e hard law nelle società*

Va ammesso, però, che vi è al contempo un *uso* dell'espressione da parte dei giuristi[3]. Un uso diventato talmente familiare da rendere possibile delineare alcuni punti fermi: la nozione, infatti, rimanda ad almeno due caratteristiche.

La prima consiste nella mancanza, da parte delle suddette disposizioni, di una forza vincolante e di un carattere cogente. Da qui, dunque, una definizione negativa del *soft law*, perché fa emergere ciò che manca, ovverosia il tradizionale carattere precettivo tipico degli atti di *hard law*.

La seconda è la capacità delle stesse di produrre effetti pratici, e, quindi, la rilevanza giuridica del *soft law* «è affidata proprio alla presunta capacità di arrivare all'effetto finale, senza passare per i consolidati percorsi istituzionali e senza assumere i tratti formali che tradizionalmente conferivano al diritto legislativo»[4]. In tale caso, nella sua definizione positiva, l'espressione *soft law* svela una cooperazione, rimarcando un precetto spontaneamente osservato perché voluto dai suoi destinatari.

E' la volontà dei destinatari, pertanto, che fa assumere al *soft law* una valenza giuridica che di per sé non dovrebbe avere. L'effetto pratico cui si fa riferimento - che poi può essere anche un effetto giuridico - è l'*influenza* verso i suoi destinatari.

In tali termini, d'altronde, vi si riferisce il rapporto di studi del Conseil d'État del 2013 dedicato a *Le droit souple*, in cui si legge che: «*il y a identité de fonction entre le droit dur*

---

post-moderne, in A. SOMMA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009, pp. 83 ss., in cui l'autore, facendo un parallelismo tra il diritto comune e il nuovo assetto normativo creato dalla globalizzazione, prospetta un tendenziale ritorno a quel tempo.

[3] L'espressione è presa da F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118, poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, p. 1117.

[4] M. R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 71. Più ampiamente, sulle cause del diffondersi del *soft law*, si veda M.R. FERRARESE, voce *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. Giur*., Annali, IV, Milano, 2011, pp. 553 ss. L'autrice, da un punto di vista anche sociologico, mette in evidenza la connessione tra *soft law* e globalizzazione giuridica asserendo che il *soft law* offra un particolare angolo visuale per osservare i mutamenti dello scenario giuridico causati dalla globalizzazione. In tal senso, l'onnipresenza del *soft law* apparirebbe «la smentita più evidente dei parametri normativi che caratterizzavano il diritto moderno». Allo stato attuale, le regole giuridiche non si distinguono tra loro solamente per la loro provenienza o l'ambito di applicazione territoriale: linee guida, dichiarazioni di intenti, direttive, atti di indirizzo, comunicati stampa, raccomandazioni, pareri e tutti quegli strumenti cosiddetti di *soft law* si pongono come regole "diverse" perché diversa ne è la loro forza cogente. E' sotto questo profilo che diventa tangibile la lontananza del *soft law* dal concetto di «norma». In questa ottica, è stato notato che la globalizzazione «ha carattere inclusivo, piuttosto che esclusivo e selettivo». Grazie al *soft law* si è creato un sovraffollamento giuridico che fa coesistere «vecchie e nuove fonti del diritto, vecchi e nuovi soggetti giuridici, vecchi e nuovi istituti, di vecchi e nuovi modi funzionamento degli stessi istituti». Cfr. anche M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2002; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

et le droit souple. Tous deux ont pour objet d'influencer le comportament de leur destinataire»[5].

Talvolta, *soft law* è termine impiegato anche per indicare più ampiamente un fenomeno, e dunque un insieme di aspetti. La sua esatta portata e gli atti che ne fanno parte generano, perciò, confusione, perché la duttilità dell'espressione ne ha favorito un impiego talora per riferirsi al soggetto emanante, talaltra per la natura dell'atto.

In questa ottica - e a maggior ragione - non è ben chiaro a cosa attenga il *soft law* nel diritto amministrativo. Ma ciò può presentare certamente alcuni vantaggi, il primo dei quali è quello di consentire uno studio più «spregiudicato e disinteressato» del fenomeno, dei sui suoi limiti e dei suoi requisiti, senza l'onere e la preoccupazione di «giustificarne l'efficacia in un mondo giuridico in cui altre fonti, come la legge, hanno preso il sopravvento»[6].

Più precisamente, laddove si voglia affrontare il tema del *soft law* con uno sguardo nuovo, bisogna quantomeno liberarsi dell'idea che questo sia un fenomeno patologico e provare a studiarlo come un aspetto fisiologico dell'ordinamento (amministrativo), ordinamento che, forse, più di altri tende a completarsi attraverso fonti atipiche o faccia propri dei modi di agire atipici.

Del resto, a un più generale sguardo, il *soft law* si pone prima di tutto come un dato di fatto: un sintomo del sistema. E la presa d'atto dell'esistenza di un *diritto flessibile*[7], pone come punto di partenza quello di domandarsi quali siano le cause di tale sintomo e in quali contesti tale sintomo si sia diffuso con più facilità.

---

[5] CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, Etude annuelle 2013, Doc. Fr. n. 64.

[6] L'espressione è tratta da N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo* (1942), rist. Torino, Giappichelli, 2010, p. 30, in cui l'autore, nel tentativo di ricostruire la consuetudine come fenomeno normativo, avverte il lettore che predisporrà l'analisi teorica ampliando la prospettiva scegliendo di attingere all'intera *esperienza giuridica*, da intendersi come il «mondo delle azioni che costituiscono il diritto, il diritto visto non più nella sua struttura oggettiva, ma nel suo *costituirsi*». Più precisamente, Bobbio ritiene limitante «affidarsi all'edificio costruito dalla scienza giuridica ottocentesca» che è «ormai ovunque in rovina» preferendo «abbandonare la dommatica concettuale». La suggestioni metodologica di Bobbio consisteva nell'augurio di ricominciare «tutto da capo e, soprattutto, dal basso»: riteneva, infatti, che quando «la riflessione della dottrina si concentra sullo studio delle fonti» significa «che il mondo giuridico sta attraversando una fase di trasformazione e non ha ancora trovato il suo assestamento», dal momento che «le fonti sono i pilastri su cui poggia l'ordinamento giuridico» e «se ci s'indugia ad osservare come son fatti i pilastri vuol dire che l'edificio vacilla ed ha bisogno di un revisione che cominci dal basso».

[7] L'espressione è di J. CARBONNIER, *Droit Flexible*, LGDJ, Paris, 1992, disponibile anche nella traduzione italiana curata da Anna de Vita, 1997.

2. La dottrina internazionalistica.

La prima manifestazione del concetto di *soft law* come oggetto di studio cui si dedica la dottrina internazionalistica risale agli anni 60'[8]. Il diritto pubblico internazionale, è noto, è materia desiderosa di creare un ordinato sistema di convivenza civile che riduca il rischio di una anarchia sovranazionale[9]. Appunto per questo, qui, il paradosso del diritto a ottemperanza volontaria non suscita clamore: in tale ambito, difatti, si palesa con più evidenza la necessità che gli Stati abbiano come strumento di relazione la volontaria osservanza dei precetti autonomamente imposti essendo privi del potere formale di formulare un qualsiasi diritto imperativo.

Eppure, anche in campo internazionale non sono mancate critiche al *soft law*, talvolta considerato un *escamotage* per prendere altrove scelte strategiche a prezzo dell'esercizio del potere normativo statale[10]. In tale ottica la scelta, da parte dei governi, di affidarsi a strumenti di *soft law* rappresenta una fuoriuscita dal sistema delle competenze, che consenta, dunque, ai governi di bypassare le strutture parlamentari[11].

Nel diritto pubblico internazionale il *soft law* si manifesta sotto varie denominazioni (dichiarazioni di principi, risoluzioni, carte, codici di condotta, linee guida, programmi d'azione) attinenti a materie del più vario tipo.

Più precisamente, il *soft law* del diritto internazionale ha come ambito prediletto quello delle relazioni tra Stati: la prima sua caratteristica, infatti, consiste nell'essere funzionale a disciplinare i rapporti globali. Di conseguenza, di *soft law* si può propriamente parlare solo laddove gli atti promanino da organizzazioni internazionali o da Stati, restandone, dunque, esclusi i documenti adottati dai soggetti privati.

Tra le prime e più complete definizioni del *soft law* si può annoverare quella fornita da Daniel Thürer nella *Encyclopedia of Public International Law*[12]: nel chiedersi quale sia la

[8] R. J. DUPUY, *Droit declaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la "Soft Law"*, in *L'élaboration du droit international public*, 1975, p. 138.
[9] P. WEIL, *Vers une normativité relative en droit international?*, in *Revue générale de droit international public*, 1982, p. 14.
[10] S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, 2009.
[11] Sul punto D. THURER, *Soft Law*, in R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, North-Holland Publishing Company, 2000, p. 457.
[12] D. THURER, *Soft Law, cit.*, p. 452. Più ampiamente sul *soft law* nel diritto internazionale si veda F. FRANCIONI, *International soft law: a contemporary assessment*, in V. LOWE- M. FITZMAURICE (a cura di), *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, CUP Cambridge,

rilevanza del *soft law* nel diritto internazionale, Thürer individua il posto del *soft law* nello spazio compreso tra le «*social norms*» e le «*legally ones*», sicchè «*between the two categories of norms exist others, the legally and binding character for which it has been deliberately and sometimes explicitly denied by their authors, but which nevertheless cannot be considered as being merely morally or politically binding*»[13]. In particolare, sottolineando che, sebbene in tale spazio esistano una pluralità di atti tra loro eterogenei, non può ignorarsi che «*what they all have in common is a certain proximity to law and a certain legal relevance*».

Nel proseguo del suo studio, Thürer indica quattro aspetti utili a circoscrivere il concetto di *soft law*. Il primo, già visto, consiste nell'essere creato da organismi pubblici e non da organizzazioni private o da aziende.

Il secondo, riguarda invece il processo di formazione, che prescinde dall'impiego dei procedimenti prescritti per la formazione del diritto internazionale e, pertanto, non scaturisce dalle fonti formali.

Il terzo concerne la funzione, ovverosia l'essere espressione di comuni posizioni da adottare nella conduzione delle relazioni internazionali.

Infine, il quarto è rappresentato dalla possibile assimilazione del *soft law* al diritto, in quanto in grado di produrre «*certain legal effects*»[14].

Su questo ultimo punto Thürer svolge la sua analisi su tre aspetti: i) gli immediati effetti giuridici; ii) il rapporto del *soft law* e il diritto internazionale; iii) la capacità del *soft law* di contribuire all'evoluzione del diritto internazionale.

Sotto il primo profilo, gli immediati effetti giuridici agiscono specificatamente nel campo della buona fede. In proposito, la vincolatività rappresenterebbe la conseguenza di una aspettativa scaturita del principio di buona fede che, pertanto, ridurrebbe la portata della scelta delle parti ad aver optato per un strumento non vincolante al fine di concludere un accordo dal momento che anche la mera aspettativa ne risulterebbe legalmente

---

1996, pp. 167–78; J. KLABBERS, *The Redundancy of Soft Law*, in *Nordic Journal of International Law*, Volume 65, 1996, pp. 167–82; H. HILLGENBERG, *A Fresh Look at Soft Law*, in *EJIL*, 1999, 10, pp. 499-515; K. ZEMANEK, *Is the Term, Soft Law Convenient?*, in G. HAFNER and Others (a cura di), Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, Kluwer The Hague, 2000, pp. 843–62; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008;

[13] *Ibidem*.

[14] D. THURER, *Soft law, cit.*, p. 454. Cfr. anche M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del "soft law" in diritto internazionale*, in *Lavoro e Diritto*, 2003, fasc. 1, p. 20.

tutelata[15]. La rilevanza legale del *soft law* si avrebbe parimenti sotto l'aspetto interpretativo: nell'ambito del diritto internazionale, il *soft law* può chiarire e dare veste concreta a principi che non siano stati espressi in norme consuetudinarie e norme internazionali.

Sotto questo profilo, si fa più chiaro il reciproco rapporto tra *soft law* e diritto internazionale: da un lato, come anticipato, il *soft law* funge da complemento del diritto internazionale per superare l'ambivalenza di cui è vittima, ovverosia il bisogno di norme che creino un ordine certo, e i limitati strumenti di cui è provvisto.

Dall'altro, il diritto internazionale possiede una tradizione di principi e regole interpretative che ben possono prestarsi a essere applicati analogicamente al *soft law*.

Per quanto concerne, infine, l'ultimo aspetto, è intuitivo come sovente gli Stati preferiscano sperimentare regole di convivenza informali per poi formalizzare i testati strumenti di cooperazione in norme vincolanti. Proprio a riguardo, Baxter, nell'individuare quali siano i compiti dello studioso di diritto internazionale, vi inserisce anche quello dell'elaborare e affinare strumenti attraverso cui gli Stati possano impegnarsi con una graduale intensità[16]. Ciò è tanto più vero, in aggiunta, quanto più si rende necessario adeguare il mondo giuridico al progredire delle conoscenze scientifiche e tecnologiche.

Non manca, tuttavia, in dottrina chi si è opposto al *soft law* definendolo un fenomeno indesiderabile. In proposito, autori come Klabbers àncorano il fenomeno del *soft law* a due presupposti teorici[17].

Il primo consiste nel considerare l'ordine giuridico internazionale come plurimo: non esiste, pertanto, un unico ordinamento giuridico internazionale, ma ne esistono numerosi cui riferirsi. La presenza del *soft law*, infatti, implicherebbe che gli Stati possano creare indistintamente *hard law* e *soft law*, il che conta sul fatto che entrambi possano riferirsi a due distinti ordini giuridici, ciascuno indipendente e autosufficiente. All'ordine giuridico creato dal *soft law* seguiranno quindi, per esempio, «*soft liability*» e «*soft responsability*»,

[15] D. THURER, *Soft law*, *cit.*, p. 454.
[16] R. R. BAXTER, *International law in "Her Infinitive Variety",* in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1980, Vol. 29, No. 4, pp. 549: «*there are norms of various degrees of cogency, persuasiveness, and consensus which are incorporated in agreements between States but do not create enforceable rights and duties*».
[17] J. KLABBER, *The undesirability of soft law*, *cit.*, p. 391. Ma si veda più diffusamente J. KLABBER, *The Redundancy of Soft Law*, in *Nordic Journal of International Law*, 1996, vol. 65, no. 2, pp. 167-182.

«*soft dispute resolution*» e «*soft sanction*», mentre dall'ordine giuridico stabilito dall'*hard law* si avranno «*hard liability*» e «*hard responsability*», «*hard dispute resolution*» e «*hard sanction*».

Si noti come l'autosufficienza dell'ordine giuridico creato dal *soft law* non possa essere considerato una conseguenza dell'esistenza del *soft law*, bensì il fondamento stesso. Difatti, in caso contrario si sarebbe costretti a ricondurre il *soft law* a uno degli ordini giuridici conosciuti, quello dell'*hard law* e del *non-law*, torcendone, tuttavia, le loro caratteristiche proprie[18].

La seconda premessa teorica è, invece, una concezione fortemente soggettivista della funzione normativa. In tale ottica gli Stati possono adottare qualsiasi atto desiderino e laddove ritengano di vincolarsi con una minore intensità ciò rientra nelle loro prerogative[19].

L'indesiderabilità cui Klabbers si riferisce, perciò, è rivolta a uno svilimento della oggettività delle norme giuridiche e a una maggiore esposizione «*from the arbitrariness on the part of the powers that be*»[20]. In proposito l'impiego del *soft law* può risultare addirittura strumentale e ingannatore dal momento che gli Stati ben potrebbero essere spronati ad adottare regole *soft* perché innocue in quanto non vincolanti, ma per restarne, successivamente, imprigionate in virtù di un processo di trasformazione del *soft law* in *hard law*.

Ciò sarà più evidente nel corso dell'analisi del *soft law* nella sua veste dinamica, ma al momento è sufficiente segnalare che il suo diffondersi è accentuato particolarmente dall'irrompere delle organizzazioni internazionali, le quali hanno provocato una significativa attenuazione della sovranità degli Stati. Il potere pubblico si è disperso nel contesto globale e ciò ha provocato non solo un nuovo ordine di fonti, ma altresì una moltiplicazione e una diversificazione dei centri di produzione normativa e di risoluzione delle controversia al di fuori del circuito nazionale[21].

[18] J. KLABBER, *The Redundancy of Soft Law*, cit., p. 169.
[19] *Ibidem*.
[20] J. KLABBER, *The undesirability of soft law, cit.*, p. 391.
[21] Sul processo di indurimento del *soft law* si veda § 5.

3. La dottrina eurounitaria.

Nel diritto europeo il *soft law* assume una veste sua particolare ponendosi e come fonte del diritto e come strumento di *governance* delle relazioni istituzionali[22].

All'art. 288, prevedendo espressamente sia fonti "forti" che fonti "duttili", il TFUE, infatti, affianca agli atti vincolanti, quali regolamenti, decisioni e direttive, le raccomandazioni e i pareri attribuendo loro una diversa forza normativa.

In virtù dell'ampio uso di cui l'Unione Europea fa degli atti di *soft law*, la dottrina comunitaria ne ha approfondito il concetto proseguendo nei tentativi di una sua definizione.

Snyder, attraverso una descrizione molto sintetica, la circoscrive in rapporto ai suoi influssi pratici, spiegandola come «*rules of conduct which, in principle, have no legal binding force but which nevertheless may have practical effects*»[23].

Thurer, invece, colloca gli atti di *soft law* in una via di mezzo tra gli impegni politici e gli impegni giuridici, dando loro una forza più radicata ed esaltandone in qualche modo la prossimità al diritto. In questa veste, sono «*committments which are more than political statements but less than law in the strict sense. They all have in common, without being binding as a matter of law, a certain proximity to the law or a certain legal relevance*»[24].

Più estesa è invece la definizione di Borchardt: «*The rules of conduct which find themself on the legally nonbinding level (in the sense of enforceable and sanctionable) but which according to their drafters have to be aworded 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 (trough 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 obbligations*»[25].

---

[22] Conseil d'État, *Le droit souple*, *cit*., p. 28.

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

[24] D. THURER, *The role of soft law in actual process of European integration*, in O. JACOTGUILLARMOD; P. PESCATORE (a cura di), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Schultess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1990, p. 131.

[25] G. BORCHARDT; K. WELLENS, *Soft law in European Community Law*, in *European Law Revue*, 1989, vol. 14, n. 5, p. 285.

Si accosta, infine, alla funzione finalistica la Senden, che rifugge dalle definizioni dei precedenti autori in virtù di una semplificazione estrema del tratto distintivo tra l'*hard law* e il *soft law*, ovverosia la presenza o meno della vincolatività. In proposito, l'autrice parla di «*some legal scope and practical effect*» perchè «*no such binding force has been attributed to this Community instruments*»[26].

Più precisamente, guardando a tali atti come semplici *instruments*, la Senden fa leva sulla perenne tensione tra "intenzione e risultato" per schematizzare i tre tratti fondamentali del *soft law*, ovverosia: i) l'essere un *commitments* o *rule of conduct*[27]; ii) l'essere veicolato da strumenti che non hanno forza giuridica vincolante (*no legally binding force*), ma che nondimeno non sono privi del tutto di effetti giuridici (*legal effect*); iii) l'essere idoneo a influenzare i comportamenti dei consociati[28].

Ne deriva che gli effetti cui la Senden si riferisce potranno essere effetti giuridici *strictu sensu*, effetti pratici o effetti *de facto*, a seconda della presenza o meno di una obbligazione o sanzione giuridica, e che gli ultimi menzionati scaturiranno, invece, dalla libera volontà di conformarvisi. Quanto alla *praticità* degli effetti, in ultimo, l'intensità degli stessi dipenderà dalla variabile intensità dello strumento adoperato.

Un ulteriore profilo su cui la dottrina comunitarista si è distinta è l'impegno profuso nel cartografare gli strumenti di *soft law* adoperati dall'Unione Europea e a constatarne la loro eterogeneità.

Nel circoscrivere quali strumenti e atti possano essere inseriti nel fenomeno del *soft law* si sono susseguite due diverse tesi in virtù dell'approccio metodologico prescelto e delle funzioni che si vogliono attribuire al *soft law*.

Il primo filone di studi, sulla scia della dottrina internazionalistica, vi si riferisce considerando *soft law* solo gli strumenti di diritto internazionale e, dunque, individuando nelle sole dichiarazioni, risoluzioni e impegni gli atti da ricomprendere nel fenomeno. La ragione sottostante va ricondotta a una struttura di pensiero che ritiene lo strumento di *soft law* propedeutico ad affermare nuove competenze dell'Unione o a introdurre nuovi

[26] L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, Hart Publishing, Oxford ad Portland Oregon, 2004, p. 112.
[27] Il termine «*law*» cui fa riferimento l'autrice non si riferisce al diritto in senso stretto, bensì a una regola di condotta.
[28] L. SENDEN, *Soft law and institutional practice in the European Community Law*, *cit*., p. 132.

principi, escludendo pertanto qualsiasi strumento che si riferisca all'applicazione o all'interpretazione della normativa[29].

Il secondo filone, invece, approccia il *soft law* con la struttura di pensiero tipica dello studioso di diritto interno, cercando, perciò, degli equivalenti negli atti presenti negli ordinamenti nazionali. E' dunque, agli atti amministrativi che si fa riferimento più che agli atti propri dell'ordinamento internazionale. Ne deriva che nel fenomeno del *soft law* potranno rientrarvi anche comunicazioni o linee guida, tutti strumenti utili a "chiarire" ed esplicare un diritto già presente[30].

Come detto, la distinzione tra i due approcci è correlata alla funzione che si intende attribuire agli strumenti di *soft law* e le due tesi divergono per le impostazioni metodologiche cui i rispettivi campi di studio attingono.

La Senden, in particolare, aderendo alla seconda impostazione, individua tre spazi d'azione del *soft law*: uno spazio in cui viene impiegato come strumento preparatorio all'atto legislativo, che definisce *pre-law*; uno spazio in cui viene utilizzato come strumento interpretativo e didattico nel diritto legislativo, assolvendo un compito di *post-law*; e, infine, uno spazio in cui si pone come alternativo alla legge, il cui ruolo è definitivo di *para-law*[31].

Nel primo caso, il *soft law* svolge una funzione propulsiva, di incoraggiamento all'adesione di valori che richiedono un graduale processo di assimilazione. Rientrano in questa categoria i piani d'azione, i protocolli, i Green Paper e i White Paper che forniscono orientamenti normativi in grado di promuovere un rapporto di reciproca fiducia che, successivamente, potrà essere il punto di partenza per futuri accordi.

Nel secondo caso, invece, il *soft law* ha l'obbiettivo di circoscrivere le varianti interpretative proprio per garantire un'applicazione uniforme delle nuove regole: vi rientrano, ad esempio, le linee guida.

Nell'ultimo caso, infine, lo Stato, pur avendo il potere formale per adottare atti vincolanti, adopera una scelta diversa. Non sempre questa rappresenta una soluzione definitiva potendo, in un secondo momento, il contenuto *soft* confluire in una legge o un

[29] F. BEVERIDGE; S. NOTT, *A hard look at soft law*, in P. CRAIG; C. HARLOW (a cura di), *Lawmaking in the European law*, WG Hart Legal Workshop Series, vol. 2, Kluwer Law international, London, 1998.
[30] L. SENDEN, *op., cit.*, p. 114.
[31] L. SENDEN, *op., cit.*, p. 132.

regolamento. In questi casi, i documenti di *soft law* manifestano un interesse delle pubbliche autorità nei confronti di fenomeni emergenti di cui ancora è difficile stabilire una comune linea di condotta, ma rispetto ai quali è opportuno monitorarne gli sviluppi[32].

Altre volte, invece, la alternatività alla legge, può celare la volontà di superare una *impasse* giuridico o politico: a mancare, talvolta, è una base giuridica formale, talaltra, è la volontà politica degli Stati a ridimensionare gli spazi della propria sovranità. In questa ottica, *para-law* e *pre-law* finiscono per originare effetti convergenti perché gli atti di *soft law* ben si prestano a strumento adoperato dalle istituzioni europee per accrescere le proprie competenze, a scapito della ordinaria procedura di revisione dei Trattati[33].

Intuitivamente, scomporre il *soft law* nella sua triplice funzione rischia di ampliare a dismisura la categoria del *soft law* a dispetto del principio di tipicità. Una tesi restrittiva e fedele al dettato normativo, infatti, difficilmente riconoscerebbe valore cogente a obblighi creati da atti al di fuori dei pareri e delle raccomandazioni di cui all'art. 288 TFUE. La prassi comunitaria, d'altronde, svelta l'impiego del medesimo *nomen* per indicare atti cui seguono effetti diversi, come ad esempio «pareri» e «raccomandazioni» rivolti non agli Stati Membri, bensì ad altre Istituzioni.

Per questo motivo, una impostazione che riconduca al *soft law* anche gli atti atipici e le tecniche di regolazione deve risultare preferibile, in quanto più rispondente al dato reale e, in particolare, alla natura multilivello dell'Unione.

L'esperienza concreta dell'azione dell'Unione Europea è, infatti, sufficientemente articolata da mettere in evidenza una costante combinazione di strumenti di *soft law* e *soft regulation*. In via terminologica si noti che, tra i due concetti, sussiste un rapporto di genere a specie tale per cui si può considerare *soft regulation* il *soft law* prodotto dalle autorità di regolazione.

[32] Si pensi, ad esempio, alla recentissima Comunicazione della Commissione Europea del 25 Aprile 2018 sull'Intelligenza artificiale indirizzata al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Consiglio d'Europa, al Comitato sociale ed economico europeo, in cui si postula la necessità di redigere in futuro delle AI *ethics guidelines* con particolare riferimento all'impatto che i nuovi strumenti digitali avranno sui diritti fondamentali, come la privacy. Cfr. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Commettee ant the Committee of the Regions, Artificial Intelligence for Europe {SWD(2018) 137 final}, p. 18.

[33] Cfr. sul punto D. SHELTON, *International law and relative normativity*, in M. EVANS (a cura di), *International law*, Oxford, 2014 pp. 168 ss.

Ebbene, su un piano generale, l'interazione tra i due strumenti non deve sorprendere dal momento che molteplici sono le loro possibili relazioni: può sussistere, perciò, tra gli stessi, un rapporto di complementarietà, alternatività e antagonismo[34]. Questo aspetto è tanto più evidente laddove si rammenti della presenza delle Agenzie Europee a fianco delle Istituzioni classiche. In questa ottica, la regolazione flessibile ha il merito di consentire un progressivo avvicinamento delle legislazioni nazionali nella fase di attuazione. Si pensi, ad esempio, al ruolo dell'Agenzia Europea per i Medicinali (AMA), cui, sebbene non siano stati attribuiti specifici poteri di *rule-making*, elabora periodicamente delle *Guidelines* concernenti l'attuazione del diritto farmaceutico di derivazione comunitaria[35]. Sotto questo profilo, la *soft regulation* soddisfa, pertanto, esigenze di uniformità laddove sussista già una normativa.

Di converso, una ulteriore finalità assolta sia dal *soft law* che dalla *soft regulation* è rappresentata dall'obiettivo di assicurare un progressivo avvicinamento delle legislazioni nazionali. Un campo privilegiato della manifestazione di una tale logica è rappresentato dalle materie in cui l'Unione Europea ha competenza di sostegno e di coordinamento.

Fra tutti, si pensi al campo dell'istruzione, particolarmente interessante per le ipotesi di studio che offre a riprova di un'azione in un settore in altro modo precluso.

L'art. 15 del D.M. n. 249 del 2010 così come modificato dal D.M., 25 marzo 2013, n. 81 in tema di abilitazione degli insegnanti della scuola materna, primaria e secondaria di

[34] Descrivono diffusamente l'interazione tra *soft law, soft regulation* e *hard regulation* nel diritto europeo, D. M. TRUBEK; M. P. COTTRELL; M. NANCE, *Soft law and hard law in European Integration: toward a theory of hybridity,* Jean Monnet Working Paper, 2005, n. 2; A. POGGI, Soft law *nell'ordinamento comunitario*, in www.rivistaaic.it, pp. 4 ss.; A. SOMMA, *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008. Sulla medesima dinamica, ma con riferimento al contesto internazionale, cfr. G.C. SHAFFER; M.A. POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, in *Minnesota Law Review*, 2010, pp. 706 ss.;

[35]Talvolta persino le norme primarie forniscono base giuridica e maggior forza precettiva agli atti delle Agenzie, come nel caso dell'art. 106 della Direttiva 2001/83/EC recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, il quale rimanda alle linee guide guida dell'EMA la presentazione degli elenchi sugli effetti collaterali negativi dei medicinali, cfr. sul punto E. CHITI, *European Agencies Rulemaking: powers, procedures and assessment*, in *European Law Journal*, vol. 19, issue 1, 2013, p. 98. Peraltro, riprova della ultrattività delle line guida dell'AMA, si veda T.A.R. Roma, sez. III, 6 Giugno 2017, n. 6671 in cui, in tema di confronto tra farmaci si stabilisce che «È illegittimo l'inserimento in lista di trasparenza del medicinale ad associazione fissa (Danleva di KRKA) sulla base di uno studio di bioequivalenza con un altro farmaco ad associazione fissa (Coverlam di Servier) laddove le linee guida dell'EMA rechino l'indicazione per cui gli studi di bioequivalenza debbano essere effettuati tra l'associazione fissa, da un lato, e i medicinali mono-componenti generatori assunti contemporaneamente, dall'altro, e non, invece, tra due medicinali entrambi ad associazione fissa».

primo e secondo livello, nell'individuare le competenze da acquisire ai fini del reclutamento, inserisce le «competenze digitali» così come previste dalla Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006 n. 962 relativa alle *competenze chiave per l'apprendimento permanente*. Ancora, la L.R. della Lombardia, 5 ottobre 2015, n. 30, relativa alla *Qualità, innovazione ed internazionalizzazione nei sistemi di istruzione, formazione e lavoro* all'art. 10, in tema di certificazioni professionali, rimanda alla Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 sulla *costituzione del Quadro europeo delle qualifiche per l'apprendimento permanente* (EQF). Infine, gli artt. 18 e 24 della L. 30 dicembre 2010, n. 240 ("Legge Gelmini") compiono un rinvio formale alla Raccomandazione della Commissione delle Comunità europee n. 251 dell'11 marzo 2005 che, specificatamente per il reclutamento dei ricercatori, allega la *Carta Europea dei ricercatori* e il *Codice di condotta per l'assunzione dei ricercatori*.

Si noti come, eppure, gli esempi forniti siano significativi sotto un ulteriore aspetto, di cui al momento si limiterà a fare un rapido accenno.

In via principale, con i casi descritti interessa mostrare come *soft law* e *soft regulation* costituiscano strumenti atti ad incoraggiare convergenze in aree che non formano oggetto di armonizzazione. In tale prospettiva, il *soft law* rappresenta perciò un'opportunità per condizionare e velocizzare un avvicinamento delle normative laddove ciò non sia possibile in mancanza di una base giuridica. Evidenziare questa caratteristica, dunque, è fondamentale per supportare quella parte della dottrina che non circoscrive ai meri atti di cui all'art. 288 TFUE il valore di *soft law*.

Al contempo, l'istruzione rappresenta, però, una materia in cui si manifesta la costruzione di un vincolo giuridico rispetto ad un atto di *soft* in virtù di un processo di indurimento che coinvolge vari livelli normativi. Nello specifico si hanno, infatti, raccomandazioni (dunque, atti europei di *soft law*) richiamate da atti normativi nazionali (le leggi regionali), e si ha, per effetto di ciò, come esito ultimo che l'atto di *soft law* diverrà norma imperativa.

La *soft law* crea, di conseguenza, insieme al *soft regulation*, una *opinio iuris* utile al raggiungimento degli obbiettivi dell'Unione Europea, fornendo forza persuasiva ad atti atipici che, sovente, creano preliminarmente il consenso sociale necessario.

In definitiva, non si può nascondere che anche nel diritto europeo, come per il diritto internazionale, il *soft law* è strumento adoperato per gestire le relazioni istituzionali e un modo per stabilizzare un ordine di competenze *altro* rispetto a quello affermatosi in via formale[36].

3.1. Il *soft law* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Una notazione preliminare.

Un esempio concreto di questo ultimo aspetto è rappresentato da una recente sentenza della Corte di Giustizia, e più precisamente dall'*opinion* espressa dall'Avvocato Generale assegnato alla causa[37].

Prima di procedere alla trattazione della sentenza, è tuttavia necessario svolgere una notazione preliminare.

A livello formale, la giurisprudenza comunitaria non adopera il termine *soft law*, né, tantomeno, si prodiga a circoscriverne gli strumenti da ricondurvi.

Al contrario, la Corte di Giustizia da sempre affronta il problema del *soft law* sotto il profilo della impugnabilità degli atti tipici e atipici attraverso il ricorso per annullamento ex art. 263 TUE. In tal modo, la giurisprudenza relativa alla ricevibilità del ricorso per annullamento costituisce un singolare angolo visuale per cogliere come i giudici europei valutino gli effetti giuridici degli atti di *soft law* e, specularmente, l'eterogeneità di piani in cui vengono impiegati.

[36] Sotto questo profilo il *soft law* è servito particolarmente per superare alcuni stalli istituzionali e favorire l'evoluzione delle procedure in seno all'Unione Europea. L'accordo interistituzionale «*Legiferare meglio*» tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione è la formalizzazione finale di una serie di pratiche di dialogo informali elaborate per bypassare la procedura di codecisione prevista dal Trattato di Maastricht al fine di evitare la paralisi istituzionali accentuata anche dalla contingente adesione all'Unione Europea di altri Stati. Volendo guardare ancora più addietro, il "Compromesso di Ioannina" concluso il 29 Marzo 1994 fu un accordo squisitamente politico stilato per proteggere gli Stati minoritari in caso di votazioni a maggioranza qualificata. Sebbene non sia giuridicamente vincolante, il Compromesso ha avuto il merito di stabilire dei valori minimi per costituire una minoranza di blocco, facendo prevalere la logica della ricerca del consenso all'uopo di una meccanica esecuzione del sistema di voto.

[37] Corte di Giustizia,, Grande Sez., 20 febbraio 2018, C-16/16 P, *Regno del Belgio contro Commissione europea*.

Sebbene l'art. 263 del Trattato UE disponga che la Corte «esercita un controllo di legittimità su atti [..] che non siano raccomandazioni o pareri», è pur vero che, rispetto agli atti non formalmente vincolanti, la giurisprudenza comunitaria ha elaborato nel tempo due distinti orientamenti che si risolvono nella perenne tensione tra il principio formale e il principio della prevalenza del contenuto sulla forma[38].

A riguardo, una preliminare distinzione va effettuata tra atti atipici e atti tipici.

Benché originariamente la Corte di Giustizia sposasse il criterio della tipicità ritenendo «atti comunitari» solo quelli menzionati dai Trattati, successivamente nella «sentenza ERTA» la Corte elaborò un criterio volto a stabilire se un atto delle istituzioni fosse o meno ricevibile: il sindacato di legittimità poteva essere esercitato su «tutti i provvedimenti adottati dalla istituzioni e miranti a produrre effetti giuridici»[39].

L'azione di annullamento poteva, quindi, esperirsi nei confronti di qualsiasi provvedimento che soddisfacesse due caratteristiche: i) fosse adottato da una Istituzione Europea; ii) fosse destinato a produrre effetti giuridici[40]. Si noti: effetti giuridici; non effetti giuridici *vincolanti*.

Con riferimento agli atti atipici, perciò, la Corte ha chiaramente stabilito che la denominazione dell'atto e la forma non sono decisive nella valutazione della sua sindacabilità e che la sostanza di un atto debba prevalere sulla forma attraverso cui è adottato. Siffatto criterio è stato poi applicato dalla giurisprudenza successiva a una serie di atti ulteriori, quali codici di condotta[41], linee guida[42], lettere e note informative[43].

Parimenti, la Corte ha inciso notevolmente sulla progressiva rilevanza che le Raccomandazioni hanno assunto per gli Stati Membri. Ben noto è il principio espresso

[38] Art. 263 TUE (ex art. 230 TCE): «La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi».

[39] Per il primo orientamento, cfr. Corte di Giustizia, 18 giugno 1970, causa C-74/69, *Hauptzollamt Bremen-Freihafen c. Waren-Import-Gesellschaft Krohn &c Co. Amburgo*, in cui si statuisce che «l'applicazione uniforme del diritto comunitario è garantita solo da atti formali, adottati a norma del Trattato». Per l'interpretazione sostanzialistica, invece, si veda Corte di Giustizia, 31 marzo 1971, C-22/70, *Commissione/Consiglio*.

[40] Corte di Giustizia, 31 marzo 1971, C-22/70, *Commissione/Consiglio*, punti 39 e 42.

[41] Corte di Giustizia, 13 novembre 1991, C-303/90, *Francia/Commissione*.

[42] Corte di Giustizia, 9 ottobre 1990, C-366/88, *Francia/Commissione*.

[43] Corte di Giustizia, 1 dicembre 2005, C-301/03, *Italia/Commissione*; Corte di Giustizia, 5 ottobre 1999, C-308/95, *Paesi Bassi/Commissione*.

dalla sentenza Grimaldi in forza del quale i giudizi nazionali chiamati a interpretare il diritto nazionale di derivazione comunitaria sono incoraggiati a tenere da conto quanto contenuto nella Raccomandazione. A dispetto della precisazione sulla non vincolatività delle raccomandazioni «in genere adottate dalle istituzioni comunitarie quando non dispongono, in forza del Trattato, del potere di emanare atti obbligatori o quando ritengono che non vi sia motivo di adottare norme più vincolanti», le stesse «non possono considerarsi come atti privi di qualsiasi effetto giuridico» e, pertanto, «i giudici nazionali sono tenuti a prenderle in considerazione per risolvere le controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando le raccomandazioni stesse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantirne l'attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante»[44].

Per il principio appena esposto, e rimasto immutato da allora, il *soft law* europeo si trasforma fortemente in una fonte primaria che sovrasta il diritto nazionale[45].

3.1.1. In particolare: *il soft law* come fuoriuscita dalle competenze formali nel caso *Regno del Belgio contro Commissione Europea.* Le Conclusioni dell'Avvocato Generale.

Il caso di specie mostra compiutamente come il *soft law* abbia la capacità di creare talvolta un sistema di regole parallele non generato dalle procedure formali tipiche.

Nello specifico, la pronuncia concerne la proposta, da parte della Commissione, della Raccomandazione datata 14 luglio 2014, n. 478 sui *principi per la tutela dei consumatori e degli utenti dei servizi di gioco d'azzardo on line e per la prevenzione dell'accesso dei minori ai giochi d'azzardo on line*.

Per cogliere a pieno la discrepanza tra lo strumento scelto e gli obblighi in esso contenuti è utile in primis ricostruire brevemente il contesto politico di riferimento.

[44] Corte di Giustizia, 13 dicembre 1989, C-322/88, *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*.

[45] Cfr. sul punto A. ALGOSTINO, *La* soft law *comunitaria ed il diritto statale. Conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *costituzionalismo.it*, 2016, n. 3, p. 271: «il *soft law* è strumento opaco che assicura ampia discrezionalità e possibilità di eludere le procedure formali, con una estensione delle facoltà degli organi esecutivi e/o comunque dell'intervento di organi e soggetti che agiscono senza una legittimazione democratica».

Al fine di risolvere una serie di problemi sociali e normativi legati al gioco d'azzardo, la Commissione presentava, nella Comunicazione adottata il 23 Ottobre 2012 rubricata «Verso un quadro normativo europeo approfondito relativo al gioco d'azzardo on-line», una serie di azioni contenute volte a contrastare il fenomeno. Sebbene non ritenesse necessario l'adozione di una normativa specifica, la Commissione considerava tuttavia prioritario salvaguardare la salute dei consumatori nel campo dei servizi del gioco d'azzardo predisponendo una serie di accortezze riferite all'informazione commerciale e, maggiormente, alla tutela dei minori.

A seguire, il Parlamento Europeo, nella risoluzione del 10 Settembre 2013 sul *gioco d'azzardo online nel mercato interno*, sollecitava una maggiore sensibilizzazione dei rischi di dipendenza dal gioco e la possibilità di prendere in considerazione l'attuazione di maggiori controlli[46]. Parimenti, anche il Comitato economico e sociale europeo premeva affinché la Commissione europea creasse le basi per un miglioramento della tutela dei consumatori riguardo al gioco d'azzardo[47].

In un tale contesto, quindi, la Commissione adottava la Raccomandazione in oggetto accompagnandola da due ulteriori documenti: un memorandum e un comunicato stampa. In particolare, il memorandum è di specifico interesse nella misura in cui, da un lato, ribadiva di non ritenere necessario l'adozione di una normativa di settore, mentre, dall'altro, sottolineava l'opportunità di trovare rimedi celeri a una urgenza sociale che difficilmente avrebbe trovato immediata soluzione nei lunghi tempi che il dibattito legislativo necessita[48].

In virtù nell'ampio dettaglio delle prescrizioni contenute nella Raccomandazione, si avviava un contenzioso protrattosi fin innanzi alla Grande Sezione della Corte di Giustizia, in cui il Regno del Belgio (ricorrente) chiedeva l'annullamento della

[46] Più precisamente, il Parlamento chiedeva di: i) definire principi comuni in tema di comunicazioni commerciali; ii) limitare le comunicazioni commerciali nei luoghi in cui la presenza di minori fosse maggiore; iii) aumentare la presenza, nelle comunicazioni commerciali, delle informazioni relative ai rischi da dipendenza da gioco d'azzardo; iv) imporre agli operatori da gioco d'azzardo di pubblica sui siti online informazioni sulle autorità di regolamentazione e avvisi rivolti ai minori, cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 10 settembre 2013 sul gioco d'azzardo online nel mercato interno.

[47] Cfr. 2012/2322(INI).

[48] Testualmente: «una raccomandazione della Commissione può essere adottata immediatamente, mentre le proposte legislative devono essere adottate dal Consiglio dei Ministri dell'Unione e dal Parlamento Europeo, il che può richiedere tempo», cfr. MEMO/14/484 del 14 Luglio 2014, disponibile al seguente indirizzo internet: europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_it.htm

Raccomandazione di cui trattasi in quanto, a detta della parte, lo scopo celato della Raccomandazione fosse in realtà armonizzare l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 49 TFUE e 56 TFUE nel settore del gioco d'azzardo costituendo, di fatto, una direttiva nascosta[49].

Basandosi su una ormai consolidata giurisprudenza, il Tribunale respingeva il ricorso dichiarandolo irricevibile.

Per contro, il Regno del Belgio adiva la Corte di Giustizia contestando le argomentazioni del Tribunale sotto plurimi aspetti. Per quanto di nostro interesse, il profilo principe della questione è rappresentato da un erronea interpretazione degli effetti giuridici della Raccomandazione cui deriva, di conseguenza, la erronea valutazione sulla ricevibilità della domanda.

Venendo perciò alla capacità o meno del *soft law* di modificare la realtà normativa, l'avvocato Generale Michael Bobek, proponendo una soluzione che poi non sarà seguita dalla Corte di Giustizia, riconosce la necessità di mutare i criteri di accesso ai giudici dell'Unione adeguandoli al mutato contesto normativo. Si tratterebbe, dunque, di constatare che il diffondersi dell'uso degli atti di *soft law*, incrementato esponenzialmente negli anni, comporta al contempo la necessità di denunciarne l'impiego di usi spesso distorsivi. Più esattamente, gli atti di *soft law* (e nel caso di specie la raccomandazione che rientra nel genere delle raccomandazioni prelegislative) finiscono alle volte per celare l'utilizzo, da parte dei pubblici poteri, di canali diversi dalle procedure costituzionali, con l'obbiettivo di aggirare il processo legislativo escludendo istituzioni di norma coinvolte.

Dato per pacifico che lo scopo della raccomandazione sia quello di far sì che i suoi destinatari vi si conformino, laddove l'obbiettivo venga raggiunto anche solo in parte si avrà come risultato finale una «anticipazione unilaterale del processo legislativo» con il rischio che «il *soft law* di oggi diviene il diritto vincolante di domani» perché si vengono a

[49] In sede di valutazione dell'atto, nelle Conclusioni l'Avvocato Bobek segnala plurimi aspetti contenutistici e contestuali utili nel propendere verso una sostanziale assimilazione della raccomandazione a un testo legislativo. In particolare: i) l'atto è strutturato come un testo giuridico; ii) l'atto cristallizza chiaramente la posizione della Commissione, in quanto completa una precedente Comunicazione e un Libro Verde; iii) contiene prescrizioni estremamente dettagliate, quali: a) l'invito a designare un'autorità di regolamentazione; b) l'invito a fornire relazioni sulla attuazione della Raccomandazione; c) il contenuto dettagliato delle informazioni che debbono apparire sui siti online degli operatori. Cfr Conclusioni dell'Avvocato Generale Michal Bobek, 12 dicembre 2017, *Regno del Belgio contro Commissione europea*, C-16/16 P, punto 126-130.

restringere le soluzioni legislative astrattamente prospettabili[50]. Intuitivamente, in caso di adempimento di una ipotetica raccomandazione da parte di alcuni Stati Membri, laddove seguisse l'apertura di un iter legislativo per l'adozione di una normativa specifica, gli Stati già adempienti supporterebbero verosimilmente la soluzione conforme alla precedente raccomandazione, in quanto già comodamente attuate e si avrebbe, come risultato pratico, un naturale assottigliamento delle alternative. In concreto, si avrà, perciò, una evoluzione dell'*hard law* nella direzione auspicata dal *soft law*.

Ancor più chiaramente appare, allora, l'esigenza di rifuggire dall'idea secondo cui un atto di *soft law*, per essere sindacato, debba produrre effetti giuridici *vincolanti*: escludere un tale sindacato giurisdizionale significherebbe lasciare scoperta una situazione similare a quella in oggetto, rendendo impossibile qualsivoglia intervento in caso di violazione del principi di attribuzione delle competenze[51].

A detta dell'Avvocato Generale, le disposizioni normative non possono più essere ricondotte entro la logica binaria delle norme vincolanti e non vincolanti e, di conseguenza, i criteri di ricevibilità del ricorso debbono essere riletti in funzione di tale constatazione.

In proposito, Bobek propone una rivisitazione del criterio elaborato dalla sentenza ERTA o, più esattamente, un ritorno alla sua originaria formulazione. Partendo dal presupposto che, in caso di atti di *soft law*, qualunque classificazione basata sulla vincolatività o meno degli effetti risulta del tutto inutile, suggerisce di adottare il criterio sviluppato nella sua prima versione che alcun riferimento faceva alla vincolatività, bensì solo agli effetti giuridici. In tale modo, una presunta violazione dei principi di equilibrio istituzionale e di attribuzione delle competenze, in quanto valutabile come effetto

[50] Conclusioni dell'Avvocato Generale Michal Bobek, 12 dicembre 2017, *Regno del Belgio contro Commissione europea*, C-16/16 P, punto 91 e 95.

[51] Il Regno del Belgio affermava che il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato ricevibile, in quanto una raccomandazione, benché non vincolante, dovrebbe «comunque poter essere assoggettata a sindacato giurisdizionale per stabilire se essa rispetta il principio di attribuzione delle competenze, di leale cooperazione e di equilibrio istituzionale». Più precisamente, «il rispetto dei suddetti principi dovrebbe essere accertato prima di valutare se si tratti di una «vera e propria» raccomandazione». Di conseguenza, il Tribunale avrebbe dovuto verificare la competenza degli autori della raccomandazione e non limitarsi a esaminare se la stessa produca effetti giuridici vincolanti. Inoltre, rispetto alla presenza o meno di effetti giuridici, secondo la ricorrente, la semplice adozione degli atti di cui all'art. 288 TFUE produrrebbe di per sé un effetto giuridico in quanto altera l'equilibrio delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri nonché tra le istituzioni dell'Unione, cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, punto 41-44.

giuridico, non consentirebbe più l'arenarsi in sede di esame dei requisiti di ricevibilità del ricorso di annullamento di cui all'art. 263 TFUE[52].

3.1.2. Ancora: il *soft law* come autovincolo all'esercizio del potere discrezionale nel caso *Kotnik e altri*.

Un ulteriore profilo emerso dalla analisi della giurisprudenza comunitaria è rappresentato dalla diversa funzione che un atto di *soft law* esercita avendo riguardo ai suoi destinatari. Sicché, una volta appurato che gli atti di *soft law* possono produrre effetti giuridici in grado persino di incidere sull'assetto formale delle competenze, resta però da stabilire, più in generale, quali vincoli scaturiscano da tali particolari atti.

Il problema sollevato dal caso di specie riguarda la difficolta di valutare, per gli atti di *soft law*, quando i suoi effetti restino circoscritti all'autorità che adotta l'atto e quando, invece, questi si dilatino fino a coinvolgere soggetti terzi.

La pronuncia concerne una Comunicazione orientativa adottata, il 1° agosto 2013, dalla Commissione Europea sulle norme riguardanti gli aiuti di stato concessi alle banche nel

[52] Il ragionamento dell'Avvocato Generale è particolarmente strutturato e la sua completa esposizione rischierebbe di sviare eccessivamente da quanto interessa far emergere nel paragrafo. Si ritiene, tuttavia, di dar breve conto di un profilo particolare, ovverosia la dimostrazione di un incoerente approccio dei giudici in sede di valutazione della ricevibilità del ricorso. La cornice di riferimento consiste nell'atteggiamento della giurisprudenza comunitaria nei confronti degli atti tipici. Invero, il «criterio ERTA», in quanto meditato per gli atti atipici, non è trasponibile in via del tutto automatica agli atti tipici, di cui, quindi, il Trattato precisa le caratteristiche. Ciò chiarito, nei confronti degli atti indicati all'art. 288 TFUE, si devono, come anticipato, prospettare due possibili approcci. Laddove si facesse proprio il principio della «prevalenza della sostanza sulla forma», ben si potrebbe applicare il «criterio ERTA» anche agli atti tipici, e prescindere dal *nomen iuris* in favore di un esame del contenuto dell'atto. Se invece, si aderisce al criterio della «forma che predetermina la sostanza», allora «fintantoché si avrà una chiara denominazione, l'elemento considerato dovrà essere inteso e interpretato secondo detta denominazione». Nel caso di specie il Tribunale costruisce il suo ragionamento avendo in premessa l'applicabilità del «criterio ERTA» anche agli atti tipici, come le raccomandazioni, ma finisce per arenarsi «in un ragionamento circolare, nel quale la forma determina alla fine l'interpretazione della sostanza». Più esattamente, a livello pratico, nel valutare se una raccomandazione costituisca nella realtà una direttiva nascosta, si contamina la percezione e l'interpretazione dell'atto perché non si ignora interamente la forma con cui viene adottato. In definitiva, la decisione finale finisce per essere condizionata dal tenore letterale, che fornisce un peso maggiore alla denominazione dell'atto, e da cui si fa discendere l'intenzione del soggetto emanante (leggi: «raccomandazione» significa raccomandazione, perciò la Commissione non aveva intenzione di vincolare), non affrancandosi mai del tutto dal dato formale.

contesto della crisi finanziaria[53]. In tale panorama, la Banca centrale della Slovenia aveva accertato, nello stesso periodo, una carenza di capitale da parte di cinque banche slovene e, a conseguenza di ciò, aveva adottato una serie di decisioni per ricapitalizzare, salvare e liquidare le cinque banche, autorizzate preventivamente dalla Commissione Europea. Le misure di salvaguardia venivano, tuttavia, contestate dal difensore civico e da alcuni risparmiatori, che sollevavano questione di legittimità costituzionale della legge nazionale sul settore bancario asserendo una incompatibilità con i principi costituzionali interni, quali fra i molti, il rispetto ai principi di irretroattività, di tutela del legittimo affidamento e di proporzionalità, Nondimeno, l'origine delle disposizioni contestate era il frutto della trasposizione della Comunicazione sul settore bancario, attuata sia per mettere le autorità nazionali nella condizione di concedere alle imprese di tale settore aiuti di Stato compatibili con il mercato interno, sia nella presunzione che quest'ultima fosse vincolante per gli Stati membri.

Nel procedimento pertanto la questione pregiudiziale sembra avere in premessa la vincolatività della Comunicazione per gli Stati Membri, che si appresta a esercitarsi se non *de jure*, almeno in via *de facto*.

Ebbene, la normativa europea statuisce espressamente all'art. 13, par. 2 del TUE che ciascuna istituzione dell'Unione deve agire «nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai Trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste». A tal proposito, la Commissione, in tema di aiuti di stato, gode di un ampio potere discrezionale, il cui esercizio comporta complesse valutazioni di ordine economico e sociale. Nel dettaglio, l'articolo 108 TFUE prevede un controllo preventivo riguardo sia le modifiche degli aiuti esistenti, sia sui progetti di nuovi aiuti, in modo che l'autorizzazione venga concessa solo ad aiuti compatibili con il mercato interno. E, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, TFUE, la valutazione di compatibilità di misure di aiuto rientra nella competenza esclusiva della Commissione.

Per ragioni di trasparenza, parità di trattamento e certezza del diritto, la Commissione, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può adottare atti di *soft law* per fornire orientamenti al fine di annunciare come intenda esercitare tale potere. Ma tali indirizzi,

[53] COMMISSIONE, Comunicazione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria.

come sottolineato dall'Avvocato Generale Nils Wahl, sebbene in forza dell'obbligo di leale cooperazione di cui all'articolo 4, par. 3, TUE debbano essere presi in considerazione dalle autorità degli Stati membri, è pur vero che tale assunto non può essere inteso nel senso da rendere vincolanti tali orientamenti, nemmeno in via *de facto,* a pena di eludere la procedura legislativa stabilita nel Trattato[54]. Cosicché «l'unico effetto che tali norme possono produrre direttamente è nei confronti della Commissione, e anche in tal caso solo come limite all'esercizio del suo potere discrezionale». Rimane salva, quindi, la possibilità, per gli Stati Membri, di presentare richieste di aiuti che presentino caratteristiche diverse da quelle suggerite mediante *soft law*[55].

Prima di concludere occorre tuttavia soffermarsi su un profilo ben colto dall'Avvocato Generale e opportunamente trattato nelle sue Conclusioni, ovverosia il ruolo – per così dire – politico della Commissione, dal momento che essa è titolare del potere di decidere se autorizzare o meno le richieste di aiuto di Stato che gli Stati membri devono notificare.

Nell'analizzare le possibile conseguenza che una comunicazione orientativa può comportare sulle scelte governative, l'avvocato ne ribadisce con forza la sua accessorietà.

Più precisamente, sebbene «non sia facile per uno Stato membro convincere la Commissione del fatto che, a causa delle particolari caratteristiche di un caso, uno dei principi di base stabiliti dalla Comunicazione [..] non si debba applicare», cionondimeno, va sottolineato che «si tratta di considerazioni di opportunità che possono essere rilevanti per l'adozione di decisioni politiche da parte di un governo, ma che non possono *influire* sulla natura e sull'efficacia di un atto dell'Unione, come emerge dalle norme dei trattati».

Malgrado l'indiscussa autorevolezza dell'Istituzione a influenzare, con i suoi orientamenti, il comportamento dei destinatari, l'Avvocato distingue con forza gli effetti politici da quelli giuridici, non potendo in alcun modo i primi influire sulla qualificazione

[54] *Conclusioni* dell'Avvocato generale Nils Wahl, il 18 febbraio 2016, Corte di Giustizia, Grande Sez., 19 luglio 2016, C-526/14, *Kotnik e Altri*, punto 38.

[55] Così, Corte di Giustizia, Grande Sez., 19 luglio 2016, C-526/14, *Kotnik e Altri*, punto 43-44: «Se uno Stato membro notifica alla Commissione un progetto di aiuto di Stato che è conforme a dette norme, quest'ultima, in linea di principio, deve autorizzare tale progetto. Dall'altro lato, gli Stati membri conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuto di Stato che non soddisfano i criteri previsti da detta comunicazione e la Commissione può autorizzare progetti siffatti in circostante eccezionali. Ne consegue che la comunicazione sul settore bancario non è idonea a creare obblighi autonomi in capo agli Stati membri, ma si limita a stabilire condizioni che mirano a garantire la compatibilità con il mercato interno di aiuti di Stato accordati alle banche nel contesto della crisi finanziaria, di cui la Commissione deve tener conto nell'esercizio dell'ampio margine di discrezionalità di cui essa dispone ai sensi dell'articolo 107, par. 3, lett. b, TFUE».

dei secondi[56]. L'atto di autolimitazione sembra così confinato alla sola autorità emanante, ma dai risvolti pratici che questa vicenda ha avuto risulta quantomeno difficile rinchiudere al mero alveo della accessorietà gli effetti prodotti verso i terzi[57].

4. *Soft law, self-regulation e co-regulation*[58]. Alcune precisazioni terminologiche.

Dal momento che il *soft law* evoca un fenomeno dai contorni imprecisi appare opportuno svolgere alcuni chiarimenti definitori per distinguerlo da altre manifestazioni ed evidenziare il particolare legame sussistente con la *self-regulation* e la *co-regulation,* al fine di sconfessare eventuali sovrapposizioni tra i modelli.

In via di premessa, *self-regulation* e *co-regulation* descrivono a «*forms of interaction between [public] processes and private actors*» e il tratto comune è rappresentato dall'esistenza di «*some form of relationship between binding legislation and voluntary agreements in a particular area*»[59]. Tuttavia, va precisato che le forme di interazione con

[56] Più diffusamente l'Avvocato Generale osserva al punto 43: «si può anche supporre che, in situazioni quali quelle di cui al procedimento principale [..] che un governo possa non essere sempre pronto a correre il rischio di notificare alla Commissione misure di aiuto non completamente in linea con le disposizioni della comunicazione [..] e che in talune circostanze, un'approvazione agevole e rapida dell'aiuto notificato possa essere di particolare importanza per un governo». Per una ricostruzione critica, che denuncia gli effetti *cripto hard* della *soft regulation* europea, cfr. M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, pp. 69 ss.. Per un'analisi del *soft law* in veste comparata, si veda B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione dei mercato*, 2016, fasc. 2, pp. 32 ss.

[57] Per vero, le Comunicazioni interpretative sono lo strumento di *soft law* più ambiguo utilizzato dalle Istituzioni europee. La giurisprudenza già precedentemente, con riferimento alle Comunicazioni contenenti «linee direttrici», affermava che le stesse «rendono manifesta l'intenzione della Commissione di seguire una determinata linea di condotta nell'esercizio della competenza attribuitale», così Corte di Giustizia, 6 aprile 2000, C-443/97, *Regno di Spagna c. Commissione*, punto 27 e 28. Più in generale, sulle comunicazioni, si veda G. GRECO, *Sentenze della Corte e comunicazioni della Commissione un'ulteriore fonte (combinata) di obblighi e di poteri amministrativi per gli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 1992, pp. 1315 ss.; M. ANTONIOLI, *Le Comunicazioni della Commissione fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 1995, pp. 41 ss.; M. C. REALE, *Le comunicazioni interpretative della Commissione delle Comunità europee, Riv. di dir. europeo,* 1993, pp. 507 ss.; M. ANTONIOLI, *Le comunicazioni della Commissione al vaglio della Corte di giustizia, Riv. it. dir. pubb. com*., 1993, pp. 858 ss.

[58] Il titolo richiama il testo di L. SENDEN, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9, 2005 al quale si rimanda per un approfondimento nel contesto dell'Unione Europea.

[59] E. BEST, *Alternative Regulations or Complementary Methods? Evolving Options in European Governance*, in *Eipascope*, 2003, fasc. 1, p. 3.

il diritto formale sono disparate e per rendere evidente tale interrelazione è utile svolgere un preambolo di ordine generale.

La globalizzazione giuridica ha visto presentarsi sulla scena globale anche soggetti privati i cui interessi economici non solo hanno portato alla creazione di istituiti atti a soddisfare i propri bisogni, ma a costruire un sistema di norme al contempo speciale e universale.

Ci si riferisce alla *lex mercatoria*, la più estesa manifestazione di diritto transnazionale che con i suoi arbitri, consuetudini e lodi internazionali ha creato un sistema di produzione e attuazione normativo sostanzialmente parallelo a quello degli Stati[60].

Si tratta di un diritto per lo più sviluppato da esperti giuristi delle grandi *law firm* internazionali con lo scopo di agevolare gli scambi commerciali dei propri clienti, talvolta rallentati dalla frammentazione dei diritti statali. Gli strumenti di cui si avvalgono sono certamente norme spontanee: codici di comportamento, contratti atipici, clausole e condizioni standardizzate, principi che fissano impegni il cui scopo è quello di garantire un minimo di affidabilità a chi li utilizza[61]. E' indubbia, per vero, la forza creativa di tale

[60] Parla di «nuova *lex mercatoria*», F. GALGANO, voce *Lex mercatoria*, in Enc. Giur., Agg., 2004 par. 6, il quale ricorda che «l'espressione ha origine colta: vuole alludere alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti dell'epoca intermedia. Questo era stato *lex mercatoria*, non solo perché regolava i rapporti mercantili, ma anche e soprattutto perché era un diritto creato dai mercanti: le sue fonti erano state gli statuti delle corporazioni mercantili, le consuetudini mercantili, la giurisprudenza delle *curiae mercatorum*, che erano tali a loro volta perché in esse sedevano mercanti. Del pari, per nuova *lex mercatoria* oggi si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati. Più diffusamente, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001. Per un approfondimento sulla genesi e lo sviluppo della *lex mercatoria* nel contesto globale, si veda F. GALGANO, *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna, 2010; M.J. BONELL, voce *Lex mercatoria*, *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, volume IX, Torino, Utet, 1993, pp.11 ss.; F. MARRELLA, *La nuova "lex mercatoria". Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2003. Tra i primi a denunciare un ritorno della categoria, R. DAVID, *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, pp. 577 ss. Sul rapporto tra *soft law* e *lex mercatoria* si veda anche la ricostruzione di A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2013, n. 58, pp. 217 ss.

[61] Lo strumento prescelto dalla *lex mercatoria* è il contratto, che prende il posto della legge in molti settori della vita sociale. Grazie alla sua flessibilità e «avvalendosi del linguaggio dell'accordo e dello scambio piuttosto che dell'obbligo e della sanzione, permette di perseguire le finalità più diverse», M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., p. 84. L'autrice prosegue la riflessione evidenziando come la centralità del contratto spieghi il perché nel mondo globale la tutela del consumatore sia esponenzialmente più sviluppata rispetto alla tutela dei diritti del cittadino in qualità di soggetto politico.

attività, che lavora adattando continuamente gli istituti classici a nuovi bisogni di scambio[62].

La *lex mercatoria* ricalca lo *ius mercatorum* sorto ai tempi del diritto comune quale insieme di regole che si professava come specifico della classe mercantile, per sua natura desiderosa di emanciparsi dal contesto locale[63]. Invero, la *lex mercatoria* si colloca temporalmente prima dell'avvento degli Stati moderni come strumento volto a derogare al diritto civile di allora, non più congeniale allo sviluppo dei commerci. All'interno della *lex mercatoria* venivano perciò superati gli argini posti dal particolarismo giudico perché, si noti, la stessa veniva elaborata in una realtà giuridica contraddistinta dalla discontinuità dacché caratterizzata dal pluralismo di Stati[64].

Di questo fenomeno appare tuttavia più esatto parlare di *self regulation*[65].

---

[62] E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, 2008, p. 108.

[63] Nell'Europa continentale tra il XII secolo fino all'età delle codificazioni sopravvivevano, difatti, una serie di diritti locali e particolari la cui coerenza era garantita dal diritto romano (lo *ius commune*), un diritto universale e sussidiario che veniva applicato ogniqualvolta fossero necessarie integrazioni e correttivi. La frammentazione territoriale e personale del diritto provocava immense difficoltà sul piano del coordinamento delle fonti, tanto da rendere oggettivamente complesso stabilire a priori quale potesse essere la disposizione applicabile ad un caso concreto. Sul diritto romano come diritto universale e, più in generale, sulla sua influenza nella formazione di un'unità giuridica, L. PROSDOMICI, *La formazione dell'unità giuridica medievale*, in *Questioni di storia medievale*, (a cura di) E. ROTA, Milano, 1946, pp. 607 ss.; G. GROSSI, *L'ordine giuridico Medioevale*, Edizioni Laterza, 2014. Sul modo attraverso cui il diritto romano si coordinava con i diritti locali, cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, 1982, pp. 200 ss; E. CORTESE, voce *Norma giuridica*. *II) Storia*, in *Enc. Giur*. XXVIII, 1978.

[64] «Particolarismo giuridico» è l'espressione «coniata dai giuristi dell'Ottocento per descrivere la situazione del diritto prima della codificazione. Il particolarismo giuridico postula la mancanza di unità e coerenza delle leggi vigenti in una data sfera spazio-temporale. Può essere facilmente compreso in rapporto al *diritto comune*, ovverosia a un diritto, residuale, che si applica a tutti salve le deroghe costituite, appunto, da leggi particolari, quali quelle regionali, riferite a determinate categorie di beni o persone (nobili, clero, mercanti, ecc.) o rapporti. [..] Ogniqualvolta abbia senso riscontrare una contrapposizione tra diritto comune e diritto, o diritti, particolari, lì si individua il fenomeno del particolarismo giuridico». Sul punto, ampiamente G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Mulino, 1976, pp. 28-30. Quanto alla laboriosità del particolarismo giuridico «si può dire che la complessità degli ordinamenti giuridici positivi in tardo regime di diritto comune si traduceva: i) in inevitabili conflitti delle norme; ii) in conseguenti conflitti giurisdizionali, in quanto a più fonti giuridiche si ricollegavano più giurisdizioni (sovrane, feudali, cittadine, corporative, ecclesiastiche, etc.) e più gradi di giurisdizione. A questo quadro si connetteva una generale situazione di certezza del diritto che, in particolare era: i) incertezza del singolo destinatario della norma a conoscere in anticipo la univoca disciplina giuridica dei rapporti in cui era parte e a prevedere l tipo, i modi e i risultati della applicazione giudiziaria delle norme costituenti quella disciplina; ii) incertezza del giudice (e in genere dell'operatore giuridico): a) nel coordinamento delle fonti, cioè nell'accertamento del diritto preminente applicabile al caso concreto; b) nel ritrovamento della norma in quel diritto; c) nell'interpretazione della norma medesima», A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa.*, cit., p. 226.

[65] M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento giuridico*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, fasc. 1, p. 147.

La *self regulation* è stata oggetto di particolare attenzione in uno studio elaborato dal Comitato economico e sociale europeo sulla scia dell'accordo interistituzionale «*Legiferare meglio*» concluso dal il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione il 31 Dicembre 2003, e che ha successivamente prodotto il parere del 4 settembre 2015 su «*Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell'UE*»[66].

Stando a quanto esposto dal suddetto parere l'autoregolamentazione è definita come «l'adozione da parte degli attori economici di certe regole di condotta nelle relazioni reciproche oppure nei confronti di terzi sul mercato e nella società, regole il cui rispetto è frutto di un accordo tra gli stessi attori, senza meccanismi coercitivi esterni»[67].

A fini classificatori, è dunque bene menzionare l'autoregolamentazione poiché, in quanto ad effetti, essendo espressione di scelte adottate da privati, questi saranno necessariamente *inter partes*, con la conseguenza che coloro che non vi hanno aderito spontaneamente non saranno obbligati a seguirne i precetti.

Precisato ciò, nulla osta a un istintiva distinzione tra *self-regulation* e *co-regulation*. Il medesimo parere del Comitato economico sociale definisce la co-regolamentazione come «una forma di regolamentazione delle parti interessate (stakeholder) che è promossa, orientata, guidata o controllata da una terza parte (sia essa un organismo ufficiale o un'autorità di regolamentazione indipendente) di norma dotata di poteri di esame, di controllo e, in alcuni casi, sanzionatori»[68]. Dunque, con questa espressione si individua una situazione in cui o le autorità pubbliche delineano i principi entro i quali, in un secondo momento, i privati produrranno le proprie regole di autoregolamentazione, oppure, diversamente, la regolamentazione si sviluppa sotto la guida e il controllo delle autorità pubbliche.

L'essenza del *soft law*, quindi, si fa più nitida dal momento che rispetto alla *co-regulation* non presenta alcuna contaminazione da strumenti di natura privatistica. D'altro

[66] L'accordo interistituzionale si colloca nella più ampia iniziativa promossa dalla Commissione Europea a seguito del Consiglio Europeo del marzo 2002, denominata «*Better Regulation*» e composta dal Libro bianco sulla *Governance europea* del 12 Ottobre 2001, e dalle comunicazioni relative al tema *Legiferare meglio*, del 5 Giugno 2002.
[67] COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, parere sul tema «Autoregolamentazione e co-regolamentazione nel quadro legislativo dell'UE» (parere d'iniziativa) (2015/C 291/05), punto 3.2.
[68] *Ivi*, punto 3.4.

canto, rispetto alla *self-regulation*, già si è detto, ha il pregio di provenire da sole autorità pubblicistiche.

5. Un *focus*: il *soft law* nella sua veste dinamica. Alcuni esempi.

A questo punto dell'indagine si dispone degli strumenti per procedere a una disamina dinamica del *soft law*: svolte queste premesse, infatti, viene naturale chiedersi in che modo, e dove, *soft law*, *self regulation* e *co-regulation* si incontrino.

A riguardo, si può rilevare che mediante il rinvio formale di una normativa interna ad atti sovranazionali o a fonti alternative l'espansione del *soft law* si compie finanche in via indiretta: come già è stato anticipato, si tratta di una trasformazione per cui il diritto formale si evolve nel senso sperato dal *soft law*.

Questo processo è stato definito di «indurimento» perché, una volta recepito in una fonte di *hard law*, l'atto di *soft law* acquista inevitabilmente una valenza precettiva.

L'intreccio, si noti, opera nondimeno su più livelli – nazionale, europeo e sovranazionale – e coinvolge tutti i modelli (*soft law, self regulation e co-regulation*). Tale dinamismo risulta, però, particolarmente delicato nel caso in cui la legislazione, o la giurisprudenza, facciano espresso rimando a un atto di *self-regulation*, espandendo, così, esponenzialmente gli effetti giuridici originariamente *inter partes*.

Per dimostrare questo processo, e per meglio comprendere le caratteristiche del fenomeno di cui si è appena dato conto, non resta che procedere all'analisi di alcune situazioni concrete.

In primo luogo, va precisato che la regolazione globale influenza significativamente le discipline settoriali degli ordinamenti nazionali: principi o regole specifiche talvolta penetrano nella legislazione statale addirittura bypassando il necessario atto di recepimento o rinvio.

Significativo, in tal senso, è il caso del Codice mondiale anti-doping, strumento essenziale per armonizzare la legislazione internazionale impiegata nella lotta contro l'impiego di droghe in ambito sportivo. In proposito, nel 2015, è stato approvato

dall'Agenzia Mondiale del doping (*World Anti-Doping Agency*, detta AMA) il nuovo Codice che, all'art. 23, c.2, presenta come soggetti firmatari i soli organismi sportivi nazionali e internazionali. Ebbene, appunto per questo, a livello statale, i Comitati Olimpici Nazionali e le Organizzazioni Antidoping Nazionali non hanno bisogno dell'intercessione dei Governi per rendere direttamente applicabili ai loro destinatari - gli atleti - le disposizioni contenute nel codice. E ciò per via della natura privatistica del Codice, opponibile soltanto ai membri di organizzazioni sportive[69].

Più definito è, invece, il percorso di recepimento degli *standards*, particolarmente interessante per l'immediatezza con cui la combinazione dei modelli regolatori si presenta. Esemplificativo in questa direzione è il riconoscimento normativo degli orientamenti e dei programmi dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), in qualità di strumenti da tenere in debita considerazione nella riduzione della portata delle emissione atmosferiche.

Nell'ambito di una strategia che combatte alla fonte l'emissione di agenti inquinanti, l'OMS adotta periodicamente *Air quality guidelines* contenti delle raccomandazioni circa i livelli soglia riferiti a sostanze considerate dannose per la salute umana[70]. Si tratta di *standards* internazionali che non hanno alcuna garanzia di applicazione dal momento che il loro adeguamento è totalmente spontaneo e occasionale, ma che purtuttavia, in presenza di lacune normative – come, appunto, testi sprovvisti di parametri vincolanti-, possono essere prese in considerazione dal legislatore, dall'interprete e dalle autorità amministrative locali[71]. In tema, l'Unione Europea, al considerando n. 2 della Direttiva

[69] Cfr. M. CONTICELLI, *Diritto e amministrazione nello spazio giuridico globale*, in *Riv. Trim. dir. pubbl*., fasc. 2, 2006, p. 2; L. CASINI, *Diritto globale dello sport*, Milano, Giuffrè, 2010.

[70] Standard di riferimento è attualmente la *WHO Air Quality Guidelines, Global Update 2005*. Tuttavia, dal 2015 è in atto una procedura di consultazione per un suo aggiornamento.

[71] Laddove si voglia svolgere un confronto tra i parametri contenuti nelle *guidelines* dell'OMS e i parametri delle relazioni delle autorità locali, si può riscontrare una reale corrispondenza nella scelta da parte delle Agenzie Regionali per l'Ambiente (ARPA) dei valori delle soglie limite con quelli precisati dagli orientamenti sovranazionali, in esempio si veda la Relazione ARPA Sicilia, *Qualità dell'aria nel territorio di Siracusa*, 2015. Per quanto concerne gli interpreti, invece, la Corte di Cassazione ha specificato come «gli studi delle agenzie internazionali abbiano una specifica funzione preventiva, [..] ma sono inidonei a definire un livello oltre il quale si verifica un rischio reale per la qualità dell'ambiente", Cass. Civ., 17 Maggio 2006, n. 4675. Ancora, in TAR Lazio, 2017, n. 5324 veniva contestato il contenuto di un'ordinanza contingibile e urgente attraverso cui il Sindaco chiedeva a un'impresa di presentare una relazione tecnica e di svolgere un'indagine sui parametri inquinanti per accertare il superamento delle emissioni. Presupposti del provvedimento erano il superamento della soglia olfattiva del 70% e il superamento del valore guida dell'OMS che, a ragione dell'autorità pubblica, avrebbe potuto causare infiammazioni alla cornea. A

2008/50/CE del 21 Maggio 2008 relativa «alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita» ha individuato negli orientamenti e i programmi dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) il proprio paramento di riferimento[72]. Ancor prima, su questa linea, le *Air Quality Guidelines for Europe* (ed. 2000) ribadivano come le linee guida avessero valore di raccomandazione, ma che il contenuto sarebbe ben potuto divenire vincolante laddove ci fosse stato un recepimento dello stesso da parte degli Stati: «*The guidelines are based on the scientific knowledge available at the time of their development. They have the character of recommendations, and it is not intended or recommended that they simply be adopted as standards. Nevertheless, countries may wish to transform the recommended guidelines into legally enforceable standards*».

Sempre in tema di *standard*, diversamente interessante è il caso del *Codex Alimentarius*, la cui progressiva incisività gli è stata attribuita dal contenzioso internazionale, anziché da rinvii normativi.

Sul punto, è bene fornire qualche indicazione di contorno. La *Codex Alimentarius Commission* (CAC) è una organizzazione sovranazionale istituita nel 1963 dal FAO e dalla *World Health Organization* (WHO), il cui compito è quello di elaborare *standard* tecnici sull'igiene alimentare sulla base di pareri tecnici rilasciati da comitati di esperti scelti dal settore privato[73].

Sebben risulti un organismo a composizione prevalentemente pubblica, la sua attività dovrebbe essere meglio ricondotta nell'alveo della *co-regulation*, sia per la sua natura sostanzialmente ibrida della Istituzione, sia perché i contenuti del *Codex Alimentarius* risultano adottabili spontaneamente dalle imprese che operano del settore.

---

prescindere dell'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, il giudice non sembra aver contestato l'impiego delle linee guida dell'OMS come parametro su cui valutare i presupposti per l'adozione dell'ordinanza.

[72] Si veda la Direttiva 2008/50/CE, 21 Maggio 2008, 2° considerando: «ai fini della tutela della salute umana e dell'ambiente nel suo complesso, è particolarmente importante combattere alla fonte l'emissione di inquinanti nonché individuare e attuare le più efficaci misure di riduzione delle emissioni a livello locale, nazionale e comunitario. È opportuno pertanto evitare, prevenire o ridurre le emissioni di inquinanti atmosferici nocivi e definire adeguati obiettivi per la qualità dell'aria ambiente che tengano conto delle pertinenti norme, orientamenti e programmi dell'Organizzazione Mondiale della Sanità».

[73] Più diffusamente sulle Istituzioni sovranazionali della sicurezza alimentare, D. BEVILACQUA, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 49 ss. Sul processo di giuridificazione del settore alimentare, M. RAMAJOLI, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. proc. amm*., 2015, fasc. 4, pp. 657 ss. Sul rapporto tra ordinamento globale e europeo, cfr. E. CHITI; B.G. MATTARELLA, *Global Administrative law and EU administrative law. Relationships, legal issues and comparison*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2011.

Gli *standards* del *Codex* sono richiamati direttamente dal *Sanitary and Phitosanitary Agreement* (SPS), un trattato multilaterale con cui è stato istituito la World Trade Organisation (WTO) e che ha ad oggetto i principi secondo cui gli Stati firmatari possono derogare alla legislazione del WTO. In proposito, all'art. 3 dell'Accordo SPS è previsto i membri della WTO, tra i quali è inclusa l'Unione Europa, sono legittimati ad adottare misure restrittive del libero commercio, purché giustificate dalla necessità di evitare un rischio per la salute dei propri cittadini. Tali misure, tuttavia, devono conformarsi agli *standards* sulla sicurezza alimentare presenti nel *Codex Alimentarius*, oppure superare scientificamente una procedura di valutazione del rischio. La violazione delle norme SPS è giustiziata dal *Dispute Settlement Body* del WTO che allo Stato vincitore della controversia, al fine di ottemperare alla decisione, consente di applicare, ai sensi degli artt. 21 e 22 del *Dispute Settlement Understanding*, tariffe e dazi normalmente vietati.

La peculiare forza normativa del *Codex* si attesta perciò dal contenzioso in seno al *Dispute Settlement Body*, e che si è peraltro verificato a seguito dei blocchi commerciali posti dalla Unione Europea contro l'importazione della carne statunitense ricca di ormoni[74]. A riguardo, l'Unione Europea è stata condannata per la violazione dell'Accordo SPS (*Sanitary and Phitosanitary Agreement*, 2005), disciplinante i limiti al libero commercio per ragioni di tutela della salute umana, animale o vegetale. In proposito, l'*Appellate Body* non ha ritenuto sufficiente la prova presentata dall'Unione Europea relativa a una possibile correlazione tra la presenza di ormoni e il cancro. Si nota, di conseguenza, come il *Codex*, seppur considerato strumento *non-binding*, viene posto come parametro base per una decisione giurisdizionale sulla sicurezza nella produzione degli alimenti, rendendo di fatto più gravoso convincere le Corti della bontà di altri criteri.

In ultimo, quanto alla propedeuticità del *soft law* all'irrobustimento di strumenti informali, si consideri la vicenda dei BREFs (*BAT Reference*), documenti comunitari che individuano le migliori tecniche disponibili (*Best Alternative Techiniques*) utilizzabili dagli operatori le cui attività si svolgono in campo ambientale.

[74] WTO Appellate Body Report, *EC vs Measures Concerning Meat and Meat Products*, 1998, WT/DS 48/AB/R. Per un commento sulla vicenda, cfr. D. BEVILACQUA, *Il principio di trasparenza come strumento di accountability nella Codex Alimentarius Commission*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2007, fasc. 3, pp. 651 ss. Più diffusamente sul ruolo del *Dispute Settlement Body*, B. MARCHETTI, *Giustizia comunitaria e giustizia globale: spunti per una comparazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit*., 2009, fasc.6, pp. 1381 ss.

Il procedimento di stesura dei BREFs è sorto come prassi su impulso della Commissione Europea che, nell'ambito di una serie di riforme in materia di regolazione ambientale, ha previsto l'istituzione, sotto la Direzione Generale Ambiente, di un *Technical Working Group* (TWG) per settore industriale, costituito e dai rappresentanti degli Stati membri e delle industrie. I gruppi tecnici si sono poi riuniti nell'*IPPC Bureau*, con sede a Siviglia , il cui scopo è quello di agevolare lo scambio di informazioni tra operatori di settore, funzionari delle autorità pubbliche e i rappresentanti degli Stati Membri. Ancor più, l'IPPC Bureau è l'organismo appositamente investito per la redazione dei *BAT Reference Documents*, che, come detto, forniscono indicazioni sulle migliori tecnologie impiegabili per ridurre i livelli di emissione.

Quanto alle caratteristiche di questi documenti, gli stessi non possono considerarsi né tassativi, né esaustivi; tuttavia, la loro vincolatività è mutata in virtù della Direttiva 2010/75/EU (Direttiva IED) relativa alle emissioni industriali. La novella, avente ad oggetto la disciplina del rilascio di una autorizzazione ambientale, verte principalmente sulle condizioni cui subordinarne il rilascio e, in particolare, ne rinnova due profili. Più precisamente, all'art. 13, comma 15, predisponendo che le «conclusioni sulle BAT»[75] siano «adottate secondo la procedura di regolamentazione di cui all'art. 75, paragrafo 2 del Trattato» (procedura di comitologia)[76] conferisce loro, da un lato, forza precettiva, e, dall'altro, offre investitura formale al riferimento sulle BAT, dapprima confinato esclusivamente nei testi del *Sevilla Process*[77]. Attraverso la procedura di comitologia, i BREFs comunitari, e in particolar modo le «conclusioni sulle BAT» hanno assunto una formale forza vincolante nei confronti degli Stati Membri e se ne ricava, perciò, che i

[75] Ai sensi dell'art. 3, co. 12, della direttiva IED le «conclusioni sulle BAT» si intende «un documento contente le parti riguardanti le conclusioni sulle migliori tecniche disponibili, la loro descrizione, le informazioni per valutarne l'applicabilità, i livelli di emissione associati alle migliori tecniche disponibili, il monitoraggio associato, i livelli di consumo associati e, se del caso, le pertinenti misure di bonifica del sito».
[76]La procedura di comitologia è la procedura attraverso la quale la Commissione europea esercita le c.d. competenze di esecuzione, in tal modo integrando, precisando o completando gli atti normativi, cfr. sul tema G. DELLA CANANEA, *Cooperazione e integrazione nel sistema amministrativo delle Comunità europee: la questione della "comitologia"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, n. 3, pp. 655-702; G. CAGGIANO, *Il consolidamento della disciplina delle misure di esecuzione e della comitologia a trattato invariato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, pp. 505-525.
[77] Così chiamato lo scambio di informazioni svoltosi all'interno dell'IPPC Bureau, avente sede a Siviglia.

BREFs da strumento informale sono divenuti col tempo atti normativi vincolanti avente contenuto generale e astratto[78].

6. Delimitazione del campo di indagine e metodo del lavoro.

Esaurita l'esposizione dei diversi significati che il *soft law* assume a livello internazionale ed europeo, diviene adesso possibile individuare più esattamente l'oggetto di questa indagine e, in particolar modo, se il *soft law* nell'ordinamento amministrativo abbia una veste sua particolare.

Invero, nel diritto amministrativo, il termine *soft law* è stato sovente accostato all'attività regolamentare delle Autorità Amministrative Indipendenti[79]. Solo di recente la manualistica universitaria ha cominciato a incorniciare questo nuovo concetto in una prospettiva più ampia, relazionandolo alle fonti terziarie[80]. La presenza nei manuali di studio è tra l'altro un dato interessante perché simboleggia già di per sé il sintomo di un esigenza scientifica di approfondimento, nonché di denuncia dell'esistenza dello stesso fenomeno. E, sempre in dottrina, non mancano i primi incoraggiamenti a monitorare e "tenere sotto controllo" il dilagare del *soft law* nel settore pubblico[81].

[78] Per una descrizione del medesimo processo di indurimento della *self regulation* ma in ambito finanziario, si veda M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, pp. 62 ss. Per una più compiuta descrizione dell'evoluzione del ruolo delle BAT nel definire le prescrizioni AIA, si veda, V. PAMPANIN, *Autorizzazione integrata e regolazione ambientale*, Aracne, 2014; M. A. LABARILE, *Autorizzazione integrata ambientale, come cambia il ruolo delle BAT (Best Available Techniques)*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2013, 1, pp. 1-22.

[79] Si pensi, da ultimo, al dibattito sulle linee guida ANAC come strumenti di regolazione flessibile. Sul punto la letteratura è copiosa, cfr. tra i tanti, DEODATO, *Linee giuda dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *Giust. amm*., 2016; G. MORBIDELLI, *Linee guida Anac: Comandi o Consigli?*, in *Dir. Amm*., 2016, fasc. 3, 275 ss; M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, *Giornale Dir. Amm*., 2016, fasc. 4, pp. 436 ss; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, fasc. 5, pp. 606 ss; M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, n. 10, 2016; M. RAMAJOLI, *Pretesa precettiva e flessibilità delle Linee guida Anac*, in F. LIGUORI & S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 79-92.

[80] M. RAMAJOLI, *Le Fonti*, in G. GRECO (a cura di), *Argomenti di diritto amministrativo*, Giuffrè, Vol. I, III ed 2017; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, 2017.

[81] E. PICOZZA, *Brevi considerazioni sulle fonti tra il sacro e il profano*, in AIPDA. ANNUARIO 2015, *Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 275: «dobbiamo analizzare scientificamente questi nuovi oggetti del diritto pubblico e ricavarne, ove possibile, una tassonomia»; E. SCHMIDT-ASSMAN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tubinga, 2013, pp. 57-58; M. MAZZAMUTO,

Nell'indagare quale sia lo spazio del *soft law* nell'ordinamento amministrativo si è ritenuto particolarmente importante analizzare in primis attraverso quali strumenti esso si palesi.

Accanto alle circolari, ai decreti di natura regolamentare, alle direttive, ai piani di indirizzo, o alle dichiarazioni di intenti esiste un'ampia gamma di forme di azione non ancora completamente cartografata, ma che rappresenta una ineludibile riferimento per i funzionari pubblici. L'influenza pratica di questi strumenti è difficilmente smentibile e questo perché la pubblica amministrazione è sempre stata, da un punto di vista della "logica del lavoro", un soggetto ambivalente: da un lato, necessita di una libertà di manovra più ampia rispetto a un'impresa privata, -questa è stata d'altronde la base su cui si è costruita tutta la teoria sulla discrezionalità amministrativa - dall'altro, è innegabile come i suoi addetti abbiano un incessante bisogno di indirizzi operativi temendo di incappare in responsabilità.

L'assunto di partenza è che è oramai impossibile operare in una certa area senza conoscere preliminarmente linee guida, circolari, o istruzioni: unici atti che costituiscono il «filo di Arianna nel dipanarsi dell'attività amministrativa»[82]. Del resto, già era stato osservato da Piga nella sua voce enciclopedica sulla *Prassi Amministrativa* che «l'amministrazione è espressioni di prassi, più che di leggi e di regolamenti»[83].

In merito, un primo significativo spunto per affrontare la ricerca è costituito dagli studi francesi: la giurisprudenza d'oltralpe riveste, nondimeno, un ruolo particolare e nel veicolare il riconoscimento ad alcuni atti *soft* di un certo grado di giuridicità e nell'impegno profuso a cartografare gli atti prodotti dalle autorità pubbliche. E', perciò, allo studio del *Rapport Public* del 2013 riservato al *droit souple* che si dedicherà il secondo Capitolo. Si proseguirà con una disamina degli studi italiani in materia per verificare se sussista lo stesso grado di approfondiemnto dogmatico, per poi confrontare il *soft law* con gli atti, ovvero le fonti terziarie, attraverso cui si manifesta al fine di

---

L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo, in *Dir. amm*., 4, 2015, pp. 683 ss; G. FALCON, *Conclusioni*, in AIPDA. ANNUARIO 2015, *Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 294: «nel momento in cui esso entra nell'attenzione del giurista la qualificazione di *soft law* non può avere che una utilità di prima approssimazione, e che c'è bisogno di una più attenta analisi "norma per norma" della specifica normativa del fenomeno considerato».

[82] A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, Cedam, Padova, 1979, p. 56.

[83] F. PIGA, voce *Prassi amministrativa*, in *Enc. dir*., XXXIV, Milano, 1985, p. 845.

verificare se il *soft law* possa con esse essere identificato anche nel suo signficiato oppure le trascenda (Cap. III).

Esaurita questa parte del lavoro, si allargherà l'indagine verso l'esame di una diversa possibile lettura del *soft law* nell'ambito del diritto amministrativo. Poiché essa rinviene la sua origine nel solco dell'attività amministrativa interna, si procederà a un'analisi della dottrina - che, dal punto di vista pubblicistico, si ricollega storicamente alla teoria istituzionalistica di Santi Romano e alla ricostruzione dell'ordinamento amministrativo come distinto e separato dall'ordinamento generale - che consentirà di apprezzare se possa esistere un accostamento del *soft law* all'attività informale dell'amministrazione. Una volta esaminata l'impostazione della dottrina, mettendo, si spera, in luce un'ulteriore connessione, le pagine conclusive saranno dedicate alla esposizione di alcuni esempi concreti e a un tentitivo di definizione. (Cap. IV).

CAPITOLO II

IL RICONOSCIMENTO DEL SOFT LAW DA PARTE DELL'ORDINAMENTO AMMINISTRATIVO. Uno sguardo comparato al diritto francese.

Sommario: 1. Premessa introduttiva. - 2. Caratteri del *soft law* nel diritto amministrativo francese: dal *droit mou* al *droit souple*. - 2.1. In particolare: l'etimologia della norma come mezzo per accogliere la gradazione della normatività. - 3. La svolta del *Rapport Public sur le droit souple* - 3.1. I caratteri del *soft law* per il Conseil d'État. Analisi della definizione di *droit souple*. - 3.2. L'*échelle de normativité* adottata dal Conseil d'État. - 4. La reviviscienza della sentenza *Crédit foncier de France* per l'elaborazione di una *Doctrine d'usage du droit souple*. - 4.1. I limiti a un corretto impiego delle «*lignes directrices*». - 5. La *Doctrine de recours au droit souple*. Il necessario superamento del test d'*utilité*, *effectivité* e *légitimité*. - 6. Le prime applicazioni giurisprudenziali del Conseil d'État.

1. Premessa introduttiva.

La "cornice riabilitativa" del fenomeno del *soft law* è debitrice degli studi dogmatici dei filosofi del diritto che ha trovato la propria comune ambizione nello sforzo di forgiare un nuovo canone della normatività.

In proposito, la dottrina d'oltralpe si distingue per lo stato di approfondimento e di inventiva profuso per inquadrare il *soft law* all'interno delle categorie dogmatiche e nel ricostruire una possibile sua disciplina.

Al fine di consentire una migliore comprensione delle novità introdotte dalla dottrina francese appare perciò opportuno mettere brevemente in risalto le ragioni di tale interesse scientificio: in proposito, la posizione della scienza giuridica sul "modo" di atteggiarsi della norma giuridica ha messo recentemente in discussione il tradizionale paradigma

incentrato sull'idea che la giuridicità si caratterizzi per la presenza di un comando vincolante e da una sanzione, per aderire a una configurazione della normatività più articolata.

Com'è noto, sulla vera essenza della norma si sono susseguite svariate concezioni poiché, da tempo, la sfida degli studiosi di teoria generale è stata quella di proiettare su un'unica nozione generale l'infinita varietà del fenomeno normativo. Tali tentativi si sono rivelati, in concreto, incapaci di sintetizzare le molteplici manifestazioni dell'universo giuridico, che si contraddistingue per la presenza di più norme giuridiche ciascuna dotata di sue proprie caratteristiche.

Il concetto di norma infatti non ha avuto nel tempo risposte univoche[84].

Se il giusnaturalismo presupponeva una certa idea di giustizia legata all'esistenza di norme naturali e di comportamenti che non si imponevano, ma si deducevano intuitivamente dalla natura, allora conseguentemente ricavava il diritto dalla natura stessa delle cose: si distingueva così per la funzione *descrittiva* del diritto, che appunto, esprimeva quanto già fosse insito in natura[85].

Il passaggio dalla funzione descrittiva alla funzione *conformativa* o *trasformativa* della norma avviene con il positivismo giuridico: il rapporto tra *lex* e *ius* si inverte in favore della legge e, di conseguenza, la norma assume perciò un altro ruolo, non più conoscitivo della realtà, ma di trasformazione della stessa. Dalla concezione statualistica del diritto emergeranno due inevitabili esiti: i) l'eclissi del diritto naturale determinato dalla codificazione[86]; ii) l'adesione della scienza giuridica alla concezione imperativistica della

[84] In via preliminare è necessaria una precisazione terminologica, dal momento che il termine «norma» va tenuto distinto dal termine «legge» e «diritto». Per legge si intende un concetto con portata più ampia del concetto di norma: anzitutto, la legge è solo una delle possibili fonti della norma giuridica e, inoltre, le leggi possono essere leggi etiche, quando prescrivono il dover essere; o fisiche, allorquando descrivono la realtà catalogandola in fenomeni che si ripetono secondo certezza (leggi universali) o probabilità (leggi statistiche). Il concetto di norma, poi, non può essere usato come equivalente del termine diritto poiché norma è il diritto in senso oggettivo. Cfr. più diffusamente M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enc. Giur*., XXI, Roma, 1990; F. MODUGNO, voce *Norma giuridica*. *I) Teoria generale*, in *Enc. Giur*., XXVIII, Roma, 1978.

[85] N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Laterza, 1972.

[86] Si noti come l'ordine giuridico conquistato con la codificazione abbia avuto una valenza più ideologica che logica. Le codificazioni ottocentesche non furono altro che il punto di svolta di un processo di accentramento che aveva come fine quello di superare il sistema del diritto comune. Più esattamente, i fattori che hanno portato all'istaurazione del nuovo ordine giuridico sono: i) un preciso programma politico intenzionato a riorganizzare la vita giuridica; ii) l'appoggio del ceto dei giuristi; iii) il consenso dell'opinione pubblica, alimentata dal liberalismo e dal desiderio di superare il dilagare dei privilegi cetuali. In sostanza, la

norma che vede la coercibilità come suo elemento essenziale[87]. Di questa concezione il tratto saliente è l'aspetto formale e strutturale della norma, i cui connotati possono essere riassunti nella esteriorità, nell'imperatività, nella bilateralità e nella coercibilità: norma è dunque la dichiarazione di volontà che proviene dal sovrano e che impone a un soggetto subordinato un *facere* o un *non facere*. Ma laddove la si voglia prendere come definizione di un modello adatto a contenere la varietà dell'esperienza giuridica, la dottrina ne ha invero provato la limitatezza: si tratta infatti di una definizione incapace di comprendere al

scelta dei sovrani dell'Europa occidentale non fu quella di atteggiarsi a "conservatori di un eterogeneo e molteplice diritto precostituitogli" , bensì di contrapporre un certo programma di politica del diritto che riconoscesse allo Stato la piena produzione della norma giuridica e promuovesse il concetto di diritto come legge dello Stato. Tale è il disegno della "modernità giuridica" che coscientemente effettua un'opera di razionalizzazione e semplificazione delle fonti incastonandole in un rigido assetto piramidale per superare il particolarismo giuridico del diritto medioevale, cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit. p. 194; G. TARELLO, voce *Codice. I) Teoria generale*, in *Enc. Giur*., VI, 1988, p. 18; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 28 descrive che l'assolutismo monarchico ha difatti provocato la «rottura dell'equilibrio giuridico all'interno di ciascun Stato territoriale a favore di un potere centrale e supremo e a sfavore di tutte le altre istituzioni dell'universo giuridico medievale e rinascimentale, come i ceti, le città, la chiesa, le corporazioni». Invero, soltanto con l'assolutismo monarchico si assiste a un processo di accentramento non solo giuridico, ma anche amministrativo, legislativo e giudiziario volto appunto a restituire compattezza e semplicità a un ordine giuridico stratificato e prevalentemente casistico; R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Mulino, 2007, p. 80 specifica che «l'idea legalistica, che confonde diritto e legge, poté conseguire e conseguì comprensibili successi allorché la legge rivoluzionaria era impegnata nel sotterrare le consuetudini locali e feudali, e lo statualismo hegeliano ricorreva all'idea della legge, espressione della volontà dello Stato». Il nuovo ordine delle fonti del diritto aveva così come obbiettivi primari la prevedibilità degli esiti e la stabilità delle istituzioni, entrambe indispensabili. Infine, sulla "modernità giuridica", si veda P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2013; ID., *Ritorno al Diritto*, Editori Laterza, 2015, pp. 36 ss. il quale vi ci si riferisce riguardo alla società politica formatasi tra il XVIII e il XIX secolo a seguito della Rivoluzione francese, e costruita sulla convinzione che lo Stato svolgesse una funzione rappresentativa e coesiva nel nuovo ordine sociale.

[87] Sul punto in cui il positivismo incontra l'imperialismo si veda la voce di Modugno che sottolinea come a tale risultato si sia giunti attraverso una serie di passaggi logici e storici: «se il diritto è ciò che vige come tale nella società, esso si risolve nel complesso delle norme garantite nella loro osservanza, fatte valere con la forza dallo stato – e qui il positivismo implica la concezione coattiva e, ad una, lo statualismo. Parallelamente, la fonte privilegiata o preminente del diritto è la legislazione statale (con conseguente subordinazione della consuetudine e del diritto giudiziario) e la struttura formale della norma è quella del comando», F. MODUGNO, voce *Positivismo giuridico*, in *Enc. dir*., XXXIV, Milano, 1985, p. 450. Più ampiamente, N. BOBBIO, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Riv. int. fil. dir*., 1960, p. 79; ID, *Norma giuridica*, in *Noviss. Dig. it*., XI, Torino, 1956. Sulla sanzione come elemento caratterizzante il diritto in senso generale, si vedano anche le osservazioni di S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per un teoria sui limiti del potere legislativo*, in *Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, 1902, vol. 1, fasc. 2, p.12 (versione online): «È comune l'affermazione che una norma solo è giuridica quando è fornita di una sanzione esterna, nel senso che la sua osservanza può imporsi alle persone che debbono ottemperarvi, da persone diverse da quest'ultime. Ciò è soltanto esatto quando si è nel campo del diritto privato, che da un lato si rivolge, in massima parte, a volontà psicologicamente individuali e, dall'altra parte, presuppone rapporti, che si svolgono fra persone che, essendo per l'appunto private, non possono avere l'ufficio di garantire esse medesime l'osservanza del diritto, compito che spetta ad enti rivestiti di autorità. Quando invece si è nel campo del diritto pubblico la cosa cambia totalmente di aspetto, e la sanzione della norma giuridica può essere interna, rispetto alla personalità o all'organo di questa cui la norma medesima si riferisce».

suo interno regole quali le norme permissive, le norme attributive di potere o d'interpretazione autentica[88].

Il paradigma tradizionale però, va precisato, è intriso dell'eredità del teorico Kelsen, secondo cui il sistema giuridico è costruito su una base gerarchica al cui vertice della piramide normativa si pone una norma fondamentale[89]. Il formalismo giuridico di cui si fa portavoce postula che le norme giuridiche siano tali nella misura in cui la loro validità è desunta da una norma superiore. La norma giuridica per il Kelsen è formulata quindi come un *giudizio ipotetico* che stabilisce una relazione tra date condizioni (le fattispecie illecite) e certe conseguenze (le sanzioni) che indicano specificatamente il dover essere (*Sollen*), rigorosamente distinto dall'essere della realtà (*Sein*). Il presupposto di partenza dell'autore è una visione dicotomica della realtà: al mondo dei fatti (*Sein*) deve essere contrapposto il mondo delle norme (*Sollen*). Poiché tra i due "mondi" non può esistere alcuna contaminazione, il mondo delle norme non può avere origine nel mondo dei fatti e, di conseguenza, deve avere una genesi sua propria. Il fondamento del mondo delle norme è, appunto, formale.

L'approccio classico, quindi, ragiona secondo uno schema binario che contrappone al diritto il non-diritto. Non solo. La formulazione sistematica della norma come giudizio ipotetico rende impossibile rifuggire dallo schema logico secondo cui date certe condizioni debba derivarne una certa conseguenza giuridica[90]. La 'conseguenza',

[88]M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, *cit.*, p. ; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*. *Introduzione al diritto costituzionale: gli ordinamenti giuridici, Stato e costituzione, formazione della Repubblica italiana*, Padova, 1970, vol. I, p. 27 il quale con riferimento alla bilateralità «non tutta l'esperienza di un ordinamento statale […] è riconducibile al 'rapporto', come connessione tra diritto e obbligo; non tutte le norme che formano un ordinamento statale si concretano nell'attribuzione di diritti ed obblighi, e meno ancora nella simultanea attribuzione di un diritto e di un obbligo reciprocamente interdipendenti: questo, in breve, il nucleo argomentativo che si può correttamente opporre alla teoria della bilateralità».

[89] H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 217:«La norma fondamentale è la fonte comune della validità di tutte le norme appartenenti allo stesso ordinamento, è il fondamento comune della loro validità. Questa norma fondamentale organizza in unità una pluralità di norme, costituendo il fondamento della validità di tutte le norme appartenenti a questo ordinamento».

[90] H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, *cit.*, pp. 94 ss. «Nella descrizione di un ordinamento normativo che regoli il reciproco comportamento umano si applica un criterio ordinatore diverso dal principio di causalità, il quale può essere denominato imputazione. [..] Nella proposizione giuridica non si afferma come nella legge naturale che, dato A è B, bensì che dato A deve essere B anche se poi, effettivamente, B non ha luogo».

ovverosia la sanzione, viene assorbita della struttura della norma divenendo imprescindibile[91].

[91] Si noti che, alla concezione della norma come giudizio ipotetico, si è affiancata un'ulteriore prospettiva che la identifica invece in un *giudizio di valore*. Tale visione è fatta propria dalla sociologia in virtù del suo particolare angolo visuale che predilige l'aspetto funzionale del diritto come strumento volto a indirizzare e influire sulla condotta umana: merito della concezione realistica è il rilievo riconosciuto all'*effettività*, intesa come efficacia concreta di una norma n un dato ordinamento e che, pertanto, viene osservata da coloro ai quali si rivolge, per un approfondimento critico: E. Di ROBILANT, *Osservazioni sulla norma giuridica come giudizi di valore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1957, pp. 1377-1442. Per completezza appare opportuno segnalare il significativo distacco della teoria istituzionalistica di Santi Romano, anch'essa inserita nel dibattito in oggetto. In proposito L'autore rifiuta l'idea che il diritto sia riconducibile soltanto alla legge: secondo tale teoria il diritto «prima di essere norma..è organizzazione, struttura, posizione della stesso società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente a sé stante». La prima manifestazione del diritto pertanto non è la norma, ma l'Istituzione, ossia un corpo sociale organizzato che esiste in via di fatto e che solo in un momento successivo pone le norme: la concezione sociale del diritto si contrappone perciò a quella statuale per la quale il diritto è soltanto quello posto dallo Stato, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1951, per descrivere l'essenzialità della istituzione come fondamento stesso del diritto utilizza la famosa immagine dello scacchiere, secondo cui «l'ordinamento giuridico, così comprensivamente inteso, è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto muove, quasi come pedine di uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura». Da questa particolare prospettiva il diritto statuale non è altro che una *species* del genere degli ordinamenti sociali, in cui rientra qualsiasi gruppo sociale organizzato. Ogni ordinamento giuridico ha in sé la capacità di definire sé stesso prescegliendo certi fatti o atti, piuttosto che altri, come produttivi delle norme stesse che lo costituiscono .Invero, così impostato, il discorso sulla norma giuridica si amplia includendo necessariamente anche l'atto che la produce: norma giuridica e atto normativo sono due concetti ben distinti, ma gli stessi stanno in relazione tra loro come prodotto e produttore. Pertanto, il rapporto che li lega è inevitabilmente quello secondo cui «se è vero che la norma è prodotto dell'atto normativo, non è meno vero che quest'ultimo si riconosce come tale in quanto produttore di norma», per cui la «relatività delle norme giuridiche si risolve nella relatività delle fonti qualificate o predisposte per la loro produzione». A questa affermazione sembra utile aggiungere che il medesimo ragionamento funzioni anche al contrario: la proliferazione e la diversificazione degli atti normativi con i conseguenti e propri problemi qualificatori si riversa inevitabilmente nella difficoltà ad attribuire un dato valore al loro contenuto. Cfr. V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo*, in *Enc. dir*., IV, 1959, p. 252 il quale specifica che «qualunque sia l'estensione che si voglia dare, al genere degli atti normativi, è impossibile prescindere dalla valutazione che il diritto positivo ne faccia col prescegliere taluni a proprie fonti costitutive». Prosegue riferendosi alle norme integratici provenienti da altri organi dello stato che «vi sono atti normativi, costituivi di ordinamenti organizzatori interni, ma non anche dell'ordinamento generale dello Stato (circolari, regolamenti di organi collegiali, regolamenti parlamentari)». E ancora conclude che «accanto ed entro al concetto generale dell'atto-fonte (atto normativo), si colloca, dunque, un più circoscritto e specifico concetto, valido limitatamente ad ogni singolo ordinamento vigente: giacché ogni ordinamento determina da sé le proprie fonti, in base a criteri storicamente variabili, che, sono, in ultima analisi, politici. Ma determinando le fonti, ogni ordinamento definisce anche se stesso poiché dichiara, in sostanza, quali norme entrino a farne parte, diversamente da altri, che, o non sono da esso considerate norme, ma fati, ovvero ne restano tuttavia escluse a certi fini».

2. Caratteri del *soft law* nel diritto amministrativo francese: dal *droit mou* al *droit souple*.

La brevissima trattazione delle teorie sulla norma giuridica non ha certamente l'obbiettivo di risolvere un dibattito filosofico trascinatosi per secoli, bensì quello di mostrare come la giuridicità non si presenti sotto un'unica veste.

I segni di questa tendenza sono alla base del dibattito sul *soft law* della dottrina francese che originariamente frapponeva al suo riconoscimento una critica alla teoria della gradazione della normatività.

In proposito, il saggio del 1982 del Professor Weil intitolato *Vers une normativité relative en droit international* resta un punto di riferimento sul tema[92]: sebbene confinato al diritto pubblico internazionale, sul piano concettuale, il Weil rifugge l'idea che la normatività si possa graduare, asserendo l'impossibilità per gli atti *prè-juridiques* di appartenere al mondo del diritto[93].

Su queste premesse, la prima critica al *soft law* è contenuta nelle osservazioni presentate dal Conseil d'État nel *Rapport Public* del 1991 dedicato alla «*sécurité juridique*» e in cui la dottrina francese ha tentato, per la prima volta, una traduzione del termine conferendogli, malgrado ciò, un'accezione negativa.

Si parla, a riguardo, di «*droit mou, droit flou, droit à l'état gazeux*» all'interno di uno studio redatto in denuncia di un peggioramento della qualità del diritto[94]. Sicché, l'ostilità al *droit mou* va colta rispetto alla produzione normativa che ha maturato, al suo interno, un «*melange des genres*», da intendersi quale presenza, nei testi legislativi, di «*énoncés* (enunciati) *peu ou pas normatifs*».

La necessità di una maggiore «sicurezza giuridica» coinvolge molteplici aspetti[95]: il Rapport del 1991 accusa, infatti, non soltanto l'ipertrofia legislativa, ma anche una bassa

---

[92] P. WEIL, *Vers une normativité relative en droit international?*, in *Revue générale de droit international public*, 1982, p. 14.

[93] *Ibidem*, «*Les obligations prè-juridique ne sont ni de la soft law ni de la hard law: elles ne sont tout simplement pas law du tout*».

[94] CONSEIL D'ÉTAT, *De la sécurité juridique*, Etude annuelle 1991, Doc. n°43. Si veda anche les voeux al Président de la République e l'intervista al vice-Président del Conseil d'état, «*Trop de lois tue la loi*», Le Journal du Dimanche, 21 janvier 2001.

[95] L'espressione «sicurezza giuridica» ha matrice tedesca e deve considerarsi concetto più ampio di quello di «certezza del diritto». Si tratta di una locuzione diffusasi in Francia intorno agli anni Novanta, ma che non ha avuto la stessa fortuna in Italiana che le ha preferito il principio della tutela dell'affidamento, per un

qualità linguistica dei testi di legge, ed una indeterminatezza dei precetti. In un tale panorama, pertanto, il *droit mou* è accostato a una tecnica normativa inadatta perché vaga e imprecisa, sintomo di uno scadimento democratico dell'iter legislativo.

Quindici anni più tardi, l'ulteriore Rapport Public annuel «*Sécurité juridique et complexité du droit*» puntualizza la persistenza di una complessità del diritto non ancora del tutto risolta[96]. La presa di posizione del Consiglio di Stato francese non consiste in una completa censura del *soft law*, ma di un suo diverso impiego che dovrebbe essere confinato al di fuori dei testi giuridici che fissano le regole giuridiche propriamente intese. Tanto che, quindi, si possa prendere in considerazione la possibilità di attribuire al *soft law* il compito di specificare le «*dispositions particulières*», ovverosia gli aspetti più puntuali di norme, però, contenute altrove.

Significativamente diverso è, infine, l'Étude annuelle del 2013 dedicato interamente al *droit souple*[97].

Il Rapport si distanzia dai precedenti per profili di cui si darà conto nel paragrafo successivo, ma il primo punto di interesse è rappresentato certamente dall'aspetto linguistico: le «*choix des mots n'est jamais neutre*» e il cambio di traduzione cela la sottostante volontà di liberarsi della connotazione peggiorativa precedentemente attribuitagli[98].

---

approfondimento si veda B. PACTEAU, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?*, *A.J.D.A.*, 1995, p. 151; M. FROMONT, *Le principe de sécurité juridique*, *A.J.D.A.*, 1996, p. 178. Il termine sembra essere stato ripreso per il nostro ordinamento solo da R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in federalismi.it, 2018.

[96] CONSEIL D'ÉTAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Étude annuelle, 2006, Doc. n° 57.

[97] CONSEIL D'ÉTAT, *Droit souple*, Étude annuelle, 2013, Doc. n° 64.

[98] C. VIGOUROUX; J. RICHARD, *Du droit «mou» au droit «souple»*, AJDA, 2013, p. 1825:«*Alors que l'emploi du vocable «droit mou» entendait dénoncer la présence de dispositions dépourvues d'obligation et de sanction dans l'appareil normatif, l'usage des termes «droit souple», moins péjoratifs, envisage une forme de réhabilitation d'une notion juridique encore mal définie, qui séduit autant qu'elle étonne, voire irrite*».

2.1. In particolare: l'etimologia della norma come mezzo per accogliere la gradazione della normatività.

La dottrina francese che sta all'origine dello studio del Conseil d'État sul *droit souple* si è impegnata proprio in questo senso al fine di affrancare la normatività dal paradigma tradizione e contrapporvi una schema in cui il diritto si presenta «*à textures multiples*», in cui cioè una norma può essere "più o meno" vincolante o "più o meno" corredata di sanzione.

Su questo tema, a livello interno, i primi studi sul *soft law* si inscrivono intorno agli anni Ottanta del secolo scorso: Paul Amselek, teorico del diritto, è il primo, nel 1982, a tentare di spezzare un segmento dell'implicito ragionamento secondo cui il *soft law* non possa essere considerato normativo, prospettando la possibilità di cercare altrove, rispetto alla sanzione, il criterio della *règle de droit*[99].

Al fine di dimostrare che il diritto non si compone unicamente di comandi, ma include verosimilmente anche le regole che fissano degli obbiettivi con lo scopo di dirigere la condotta altrui, Amselek distingue le «*direction juridique non autoritaire des conduites*» e le «*direction juridique autonome des conduites*»[100]. Il merito dello scritto di Amselek, perciò, è quello di aver riconosciuto, anche a livello interno, uno spazio per lo strumento della «raccomandazione», già ammesso a livello internazionale ed europeo[101].

Si riscontra, invece, una resistenza a mettere in discussione gli attributi classici della norma da parte di Jean-Bernard Auby che, constatando l'ampiezza del fenomeno, si mostra invece critico nel questionare il consolidato senso della normatività: «*en s'éloignant du registre du commandement, de la prescription, de la norme de*

[99] P. AMSELEK, *L'évolution général de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, *Revue de droit public*, 1982, p. 276: «*ce qui est nouveau à l'époque actuelle, c'est l'importance même prise par ce mode non autoritaire de direction des conduites*».

[100] C. THIBIERGE, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, *R.T.D. Civ*. 2003, p. 599: «*un petit nombre d'auteurs démontrent que la règle de droit ne constitue pas nécessairement un ordre; le droit incluant possiblement, outre des règles prescriptives, qui relèvent de la technique du commandement, des règles qui fixent des objectifs et qui relèvent quant à elles de la technique de la recommandation. Ces dernières participent non plus de la fonction autoritaire du droit, mais d'un mode de direction souple des conduites*».

[101] Anche in un suo scritto successivo Amselek insiste sul carattere «*ouvert et indécis de la règle de droit*», sottolineando come il diritto sia una questione di linguaggio: va destrutturato e ristrutturato continuamente e il suo senso non può essere controllato da colui che lo produce, P. AMSELEK, *La teneur indécise du droit*, *Revue de droit public*, 1991, p. 1199.

comportement impérative, le droit ne s'en tient pas à ce qu'on attend de lui. Il oublie qu'il est [..]fondamentalement un ordre de contrainte»[102].

Saranno, infine, gli studi del teorico Jacques Chevallier a fornire la base per l'accettazione di un «*droit non prescriptif*», come una delle caratteristiche del «*droit postmoderne*»[103]. Chevallier presta attenzione alla metamorfosi socio-culturale della società occidentale per mettere in evidenza il mutamento dei rapporti interistituzionali e il concetto di autorità, che influisce parimenti sul modo in cui vengono gestite le cose comuni. La complessità dell'ordine giuridico mondiale espone il fianco a una crisi del modello piramidale e gerarchico per fare posto a una flessibilità normativa caratterizzata dai valori della «*souplesse, créativité et pluralisme*»[104].

Recependo l'apertura di pensiero impressa da Chevallier, gli autori dei primi anni Duemila si dedicano all'approfondimento del *droit souple* con un approccio completamente rinnovato.

In particolare, Catherine Thibierge rimette in discussione la visione binaria della normatività partendo dall'etimologia della parola latina *norma* per riscoprire il senso originario del termine[105]: ciò che contraddistingue il primissimo significato è l'enfasi sull'aspetto funzionale, ovverosia la capacità della norma di essere "traccia" e "misura" allo stesso tempo. Sicché, così intesa, la norma si presta a essere «*un instrument de mesure de texture purement psychique* […] *une mesure d'un déroulement du cours des choses*»[106].

---

[102] J. B. AUBY, *Prescription juridique et production juridique*, *Revue de droit public*, 1998, p. 673.

[103] «*Avec le développement du droit postmoderne, on assiste à l'émergence d'une conception toute différente du droit, marquée par le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité*», J. CHEVALLIER, *Vers un droit postmoderne*, in J. CLAM; G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, Recherches et travaux, 1998, vol. 5, p. 21 spec. p. 36; J. CHEVALLIER, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003. Ma anche, J. CARBONNIER, *Droit Flexible*, LGDJ, Paris, 1992; D. DE BECHINOLL, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Odile Jacob, Paris, 1997, p. 302 in cui lo studioso suggerisce una definizione di atto giuridico come «*instrument* [..] *au travers duquel s'exprime une proposition (le negotium) dont la signification peut être, soit une norme prescriptive 'dure', si l'on peut y identifier un élément impératif catégorique, soit une prescription 'douce', si sa composante impérative reste conditionnelle [..]. La proposition tendra toujours à une direction [..] de la conduite humain*».

[104] L'autore evoca «*une transformation profonde de la nature du droit dont la dimension proprement normative, prescriptive et contraignante régresse*», J. CHEVALLIER, *L'Etat postmoderne*, cit., p. 127.

[105] C. THIBIERGE, *Au coeur de la norme: le tracé et la mesure*. *Pour une distinction entre normes et règles de droit*, *A.P.D.*, t. 51, Dalloz, 2008, p. 343. Originariamente il termine *norma* in latino significava "squadra", ovverosia lo strumento adoperato da tecnici per tracciare misure e rapporti di linee e angoli; sul punto si veda voce *Norma giuridica*, in *Lessico universale italiano, Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, XV, 1975; nonché M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Norma giuridica*, cit., p. 1.

[106] P. AMSELEK, *Norme et loi*, *A.P.D.*, t. 25, 1980, p. 89, di cui Thibierge ne riprenderà la riflessione «*la "norma", dans la langue latine, désignait un instrument, un instrument matériel, physique, en l'occurrence*

In quanto «*outils*», ciò che caratterizza la norma è la sua funzione di "modello" e di "punto di riferimento", non, quindi, la sanzione o l'obbligatorietà. Questi ultimi andranno perciò intesi unicamente come possibili attributi della stessa e non come elementi intrinseci.

Più precisamente, la *norma* serve tanto a «*tracé*», nel senso di «*guide*», quanto a «*mesure*», cioè «*vérification de ce qui a été accompli*»: *norma* è, perciò, sia un «*un modèle pour agir*», che dirige, pertanto l'azione con lo scopo di indicare una linea di condotta, sia un «*modèle pour juger*», per controllare, quindi, che il comportamento dei destinatari sia stato posto in essere correttamente[107].

Conseguentemente, la regola di diritto in senso classico sarà quella in cui «*tracé*» e «*mesure*» coesistono, e che presenta dunque, il massimo grado di normatività («*plénitude de normativité*»)[108]. Al contrario, una raccomandazione soddisferà limitatamente la funzione di «*tracé*», non potendo assurgere a parametro per valutare la legittimità di un comportamento; fisserà, al più, uno *standard* di condotta[109].

Alla luce di tali considerazioni, appare meno insolito prospettare una «*gradation dans les textures du droit*» che oscilla tra un «*droit très dur*», obbligatorio e sanzionabile, e un «*droit très souple*», dichiaratorio e non sanzionabile.

La proposta di un' «*échelle de normativité*» crea un'area grigia in cui si assicurano spazio «*trois facettes* (sfaccettatura; sfumatura) *du droit souple: droit flou (sans précision), droit doux (sans obligation) et droit mou (sans sanction)*»[110]. Così inteso, si

---

une équerre formée par deux pièces perpendiculaires et servant à vérifier ou à réaliser des angles droits ou des tracés perpendiculaires rectilignes […] *Le mot règle, lui aussi, a désigné originairement un certain type d'outil […] la "régula" comme la norma désignait une équerre mais elle désignait en outre "un instrument constitué par une planchette allongée ou par une tige à arrêtes rectilignes et qui sert à guider le crayon ou la plume quand on trace un trait, à mesurer une longueur, etc.*».

[107] C. THIBIERGE, *Au coeur de la norme: le tracé et la mesure*, cit., pp. 345-350 «A *notre sens, la règle de droit fournit doublement modèle, pour diriger l'action et pour la mesurer. La mesure n'est que l'une de ses fonctions*».

[108] CONSEIL D'ÉTAT, *Droit souple*, cit., p. 54.

[109] C. THIBIERGE, *Au coeur de la norme: le tracé et la mesure*, cit., p. 351: «*mode de référence pour ses destinataires, instrument de mesure pour le juge, la règle de droit cumule les deux fonctions de la norme*».

[110] La COMMISSION DE TERMINOLOGIE ET NEOLOGIE JURIDIQUES, cui si deve la traduzione del so*ft law* in *droit souple*, utilizza la tripartizione proposta dalla Thibierge, cfr. RAPPORT QUADRIENNAL 2003-2007. Per un approndimento, C. THIBIERGE, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, in *R.T.D. Civ*. 2003, p. 599. Si noti che l'autrice si distanzia da quella parte della dottrina che considera il «*droit mou*» come il diritto che non obbliga, proponendo una classificazione in cui il «*droit doux*» sarà il diritto la cui forza obbligatoria sarà attenuata, mentre riserva al «*droit mou*» l'appellativo per quelle norme che sono sprovviste di forza vincolante. Cfr. altresì, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit souple - Journées Nationales de*

comprende come il *droit obligatoire et sanctionné* non occupi che una parte nell'universo giuridico largamente inteso[111].

Inoltre, tale conclusione si pone in linea con le definizioni cui è giunta l'opera collettanea curata da Thibierge e dedicata alla *Force normative*: con l'obbiettivo di contribuire alla genesi di un nuovo concetto, gli autori hanno sintetizzato le combinazioni della normatività sotto tre macro astrazioni: i) il «*valeur normative*», riferito al carattere obbligatorio o meno della norma; ii) la «*garantie normative*», consistente nella presenza di eventuali meccanismi di controllo giurisdizionale e, dunque, connesso all'elemento della sanzione; iii) la «*portée normative*», che misura l'effettiva applicazione della norma[112].

Per quanto concerne le «*facettes*» del *droit souple*, infine, è ancora opportuna una precisazione.

Anzitutto occorre specificare che il «*droit flou*», sebbene sia una delle "facce" del *droit souple*, non può essere considerato un elemento suo proprio, quando, nondimeno, rappresenta una caratteristica tipica di qualsiasi norma giuridica: nella misura in cui attiene alla formulazione della norma si potrà infatti aver vaghezza e imprecisione anche nel «*droit doux*» e nel «*droit mou*»[113].

Quanto, invece, al rapporto tra «*droit mou*» e «*droit doux*», va ricordato che il «*droit mou*» rappresenta per prima cosa l'iniziale espressione con cui la scienza giuridica francese ha approcciato il fenomeno del *soft law*[114]. Pertanto, al termine si riconducono un insieme di profili per lo più negativi e di mancanza: il «*droit mou*» è «*vague, imprécis,*

Boulogne-sur-Mer, Tome XIII, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009. Di diverso avviso è M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit: du droit pénal aux droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2004, p. 28 che osserva come sebbene «*droit mou*» e «*droit doux*» si aggrappino alla forza obbligatoria, soltanto il secondo testimonia una soupless nella forza vincolante: «*pour distinguer les deux adjectifs, on peut faire observer que cette souplesse peut affecter soit la force obligatoire (l'intensité des normes serait graduée entre dur et mou), soit la force contraignante (l'intensité des sanctions entre dur et doux*)».

[111] Lungi dall'essere una debolezza, la varietà delle *échelles* sono considerate dalla dottrina francese un elemento per incentivare gli studi interdisciplinari: «*le nombre de normes en interaction avec la règle de droi s'est considérablement accru: aux normes morales, religieuses et de mœurs, s'ajouent les normes déeontologiques, professionnelles, scientifiques, techniques, et autres normes sociales […] il ne s'agit plus tant, ou plus seulement, pour la doctrine de maruer la spécificité de la règle juridique que d'en étudier les interactions avec ces autres normes*», C. THIBIERGE, *Au coeur de la norme: le tracé et la mesure*, cit., p. 352.

[112] C. THIBIERGE ET ALII, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., Bruylant, 2009; Conseil d'etat, p. 55. Si veda anche I. HACHEZ, *Balises conceptuelles autour des notions de «source du droit», «force normative» et «soft law»*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010.

[113] Uno dei primi ad utilizzare l'espressione «*droit flou*» è stato M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, 1986 con riferimento al diritto penale.

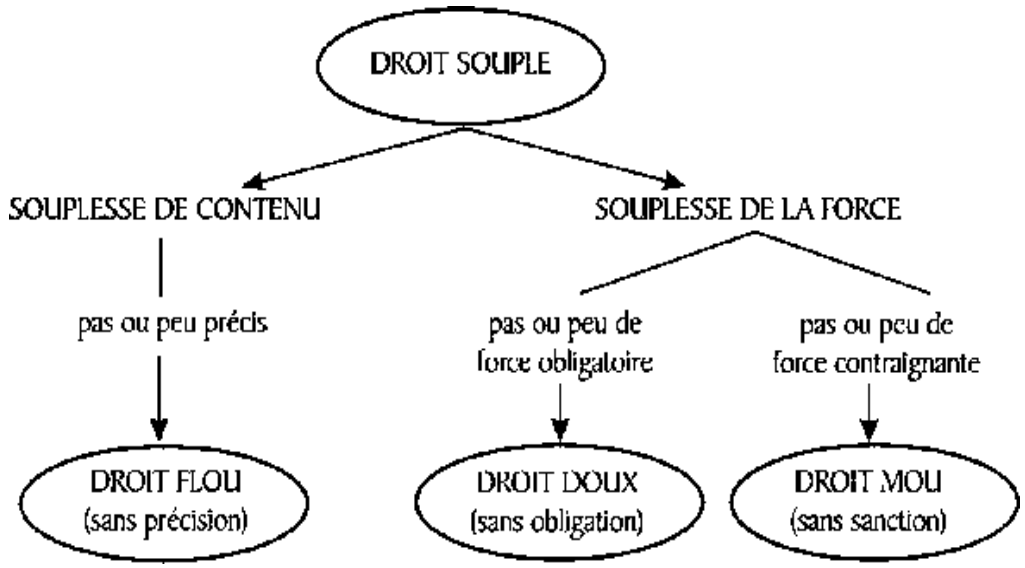
[114] E. CLAUDEL; B. THULLIER (dir.), *Le droit mou: une concurrence faite à la loi*, Parigi, Cedcace, 2004.

insécurisant, il manque de rigueur; sans force obligatoire, ni valeur normative, il manque de vigueur»[115]. Sebbene sprovvisto della capacità di produrre effetti giuridici predeterminati, il «*droit mou*» non è tuttavia precluso dal causare conseguenze giuridiche: la non sanzionabilità sul piano giuridico è invero accompagnata da altre "misure di reazione", quali sanzioni reputazionali, economiche o professionali. All'opposto, il «*droit doux*» sembrerebbe rappresentare il fenomeno *del soft law* propriamente inteso, in quanto distinto dall'*hard law* per la funzione orientativa e direttiva, scevro, dunque, da qualsiasi esortazione o comando[116].

In estrema sintesi, si può presentare la classificazione dei tre concetti in uno schema che contrappone alla «*souplesse du contenu*», la «*souplesse de la force*»: «*souplesse du contenu*» per il «*droit flou*», a contenuto vago e indeterminato; «*souplesse de la force*» per «*droit mou*» e «*droit doux*», in cui la carenza si registra nella forza normativa.

Conseguentemente a tale distinzione, una ulteriore ripartizione deve essere svolta sulla base della «*force obligatoire*» e «*force contraignante*» (vincolante). Laddove ci sia souplesse della «*force obligatoire*», si avrà «*droi doux*», poco o per nulla obbligatorio, secondo l'immagine della raccomandazione; qualora, invece, la souplesse si riferisca alla «*force contraignante*», il «*droit mou*» sarà quel diritto non corredato da sanzione[117].

[115] C. THIBIERGE, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, cit., p. 604.
[116] *Ibidem*, p. 606: «Stricto sensu, *c'est un droit non imposé, que ce soit dans son élaboration – droit négocié - ou dans son expression -droit non prescriptif, plus recommandatoire qu'obligatoire […] Contrairement au droit flou, cette facette du droit souple est d'un développement récent. Le droit doux ne commande pas, ne donne pas d'ordre. Il n'est pas autoritaire [..]c'est un droit qui incite, invite, recommande, conseille. Et malgré les apparences, le droit doux, bien que non obligatoire, peut être appliqué et respecté par ses destinataires*».
[117] *Ibidem*, p. 605.



La classificazione proposta dalla dottrina francese non deve però distogliere l'attenzione dallo sforzo di ricondurre a unità il *droit souple*, al fine di carpirne la sua vera essenza. Benché scomponibile in virtù della sua eterogeneità, vale la pena ricordare che, così come sopra esposto, il *droit souple*-concetto giuridico appare in concreto il frutto del genio della dottrina originato dalla riflessione sulle possibile *nuances* della normatività. A onor del vero, visto per quello che realmente è, il *soft law* appare più una tecnica normativa: una tecnica raccomandatoria, anziché impositiva che cela, invero, un certo modo di strutturare la norma[118].

3. La svolta del *Rapport Public sur le droit souple*.

Sullo stesso sentiero della dottrina francese si è spinto lo studio del Conseil d'État che ha proposto una propria scala della normatività, graduata in un crescendo verso l'*hard law*.

Ma il *Rapport Public* non presenta solo questo aspetto di originalità, bensì risalta per due ulteriori profili innovativi.

[118] In tal senso anche B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public francais*, Tolosa, 2011.

E' significativo rivelare anzitutto l'impegno profuso nella costruzione di una definizione unitaria del *droit souple*. E non meno secondaria è, inoltre, l'elaborazione di una «*doctrine de recours et du usage du droit souple*» in cui si precisa che se il *droit souple* vuole contribuire a un rinnovamento dell'azione dei pubblici poteri, ciò debba essere permesso a patto che vengano individuate le condizioni per un suo corretto impiego.

L'interrogativo di fondo su cui si basa tutto il lavoro è principalmente quello di comprendere se la fortuna del *soft law* sia semplicemente il frutto di una moda oppure se, al contrario, esso non sia la risposta a un perdurante bisogno di ossigenazione dell'ordinamento giuridico[119].

In questa direzione, lo studio offre un'utile rappresentazione della varietà di forme attraverso cui il *soft law* si manifesta; varietà che prima di tutto si dimostra attraverso un ampliamento della prospettiva di indagine: sono, infatti, presentati non unicamente il *soft law* internazionale ed europeo, ma anche i diversi gradi di ingresso del *soft law* nell'*hard law*.

Dopo una prima ricognizione sulla presenza del *droit souple* nell'ordine giuridico, lo studio – si anticipa – propone un'idea di normatività alternativa allo schema classico del precetto-sanzione e caratterizzato dal binomio precetto-incentivo. In aggiunta, un'apposita sezione è dedicata a fornire raccomandazioni alle autorità amministrative utili per un corretto utilizzo degli strumenti di *droit souple*. Nella parte conclusiva, si presenta, invece, una proposta di sindacabilità degli atti di *droit souple* da parte dei giudici amministrativi.

3.1. I *caratteri* del *soft law* per il Conseil d'État. Analisi della definizione del *droit souple.*

Una delle conclusioni cui è giunto il Consiglio di Stato ancor prima di formulare una propria definizione è stato quello di liberarsi da qualsiasi discussione inerente

[119] Per la presentazione delle questioni sottese allo studio, si veda l'intervista al rapporteur général e al apporteur général adjoint J. RICHARD; L. CYTERMANN, *Le droit souple: quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité?* Interview par J.M. PASTOR, *Dalloz actualités*, 3 octobre 2013.

l'appartenenza del *droit souple* al mondo del diritto: «*parler de droit souple, c'est admettre qu'il s'agit de droit*»[120].

Considerare che il *droit souple* possa essere assunto come facente parte di quel «*droit plus grand que la règle de droit*»[121] risponde a ragioni d'opportunità più che di logica: in primo luogo, ammettere che il *droit souple* sia «diritto» invita implicitamente gli studiosi ad adottare la stessa rigorosità di analisi adoperata nei confronti delle grandi tematiche anche per il fenomeno del *soft law*; parimenti, tale assimilazione permette di trasportare a questo campo di indagine attitudini di pensiero, metodi e strumenti da sempre riservati al dominio del «*droit dur*».

In secondo luogo, ragionando *a contrario*, rinnegare al *soft law* la sua forza normativa significa comprovare la secondarietà del suo ruolo e legittimare immancabilmente una minor cura nella stesura degli atti attraverso cui si palesa, con buona pace per i tentativi di arginare lo scadimento della qualità delle norme. Si rammenta, infatti, che il contesto in cui inizialmente il *soft law* è stato studiato riguardava la denuncia dell'impiego, nella redazione normativa, di un linguaggio e di una tecnica espositiva inadeguata al livello richiesto da un testo legislativo.

Volendo, ora, riproporre l'esercizio di definizione formulato dal Conseil d'État appare possibile definire il *droit souple* come l'insieme di tutti quegli strumenti giuridici che presentano cumulativamente tre caratteristiche: i) hanno come obbiettivo quello di modificare od orientare i comportamenti dei loro destinatari, incoraggiandone l'adesione; ii) non sono suscettibili di attribuire diritti o prescrivere obblighi; iii) presentano, con riferimento al contenuto e alla formulazione, un grado di formalismo e di struttura tali da renderli assimilabili alla *règle de droit*[122].

A ben vedere, risulta evidente come la definizione data dal Conseil d'État risenta delle posizioni assunte dalla corrente dottrinale sopra esposta, soprattutto per quanto riguarda il primo criterio: viene ripreso, infatti, l'aspetto funzionale del diritto, ovverosia il suo essere

[120] CONSEIL D'ÉTAT, *Droit souple*, cit., p. 56.
[121] J. CARBONNIER, *Droit et non-droit*, in *Flexible droit*, LGDJ, 2001, p. 22.
[122] Traduzione nostra. CONSEIL D'ÉTAT, *Droit souple*, cit., p. 61: «*il paraît possible de définir le droit souple comme l'ensemble des instruments réunissant trois conditions cumulatives: - ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion; - ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires; - ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit*».

«*technique d'action sur les comportements*»[123]. Se si vuole, con una precisazione: se il *droit dur* limita la libertà d'azione dei pubblici poteri fissandone i confini, il *droit souple*, al contrario, indica il modo più consono di far uso della libertà concessa. A mutare, perciò, sembrerebbe essere "l'ambito" dell'influenza: il *droit souple* si presta a essere un invito ad agire in una certa direzione laddove ci sia un "vuoto", cioè un margine di libertà, e non intacca o alterna il raggio di azione del "pieno", tracciato dal *droit dur*.

In verità, il primo criterio - sebbene fornisca interessanti spunti su cui in seguito si tornerà - offre il parametro per distinguere il *droit souple* dai pareri (*avis*) o dagli atti di *pre-law* (*documentes préparatoire*). Proprio la sua "autosufficienza", intesa come autonoma e diretta capacità di incidere sui comportamenti respinge i dubbi riguardo una equiparazione tra le tre categorie.

Ancor più utile, ai fini di scongiurare commistioni tra concetti, appare il secondo criterio che facendo leva sull'attitudine del *droit dur* ad attribuire diritti e prescrivere obblighi risolve in anticipo qualsivoglia ambiguità. Tanto che, l'inclusione del *droit souple* all'interno del mondo giuridico non giustifica una sua confusione con il *droit dur*, ne tantomeno un'alterazione dei caratteri tipici dello stile raccomandatorio[124].

Vale la pena far notare che, in ordine al contenuto della norma, rispetto all'ampio schema proposto dalla dottrina, il Conseil d'État aderisce all'assenza di obbligazione piuttosto che a quello dell'assenza di sanzione[125]. Si tratta di una scelta condivisibile dal momento che consente di circoscrivere il fenomeno del *soft law* che, altrimenti, difficilmente si distinguerebbe da qualsiasi altra influenza che finisca per introdursi nei processi giuridici e rischierebbe di assumere un'eccessiva ampiezza.

Infine, il terzo criterio permette di smarcare il *droit souple* da ciò che è giuridicamente irrilevante: formalizzazione e struttura rappresentano, quindi, le condizioni in grado di non confondere il *droit souple* con l'ammonimento politico, morale o religioso.

---

[123] *Ibidem*. Si rimanda al § 1 del presente Capitolo.

[124] *Ibidem*: «*le droit souple se caractérise précisément par le fait qu'il ne donne pas de titre pour exiger quelque chose des personnes auxquelles il s'adresse, et en particulier pour s'adresser au juge afin qu'il ordonne la satisfaction de cette exigence*».

[125] *Ibidem*: «*Le critère de l'absence d'obligation paraît devoir être préféré à celui de l'absence de sanction. Considérer que toutes les normes dont la méconnaissance n'est pas punie d'une sanction pénale ou administrative font partie du droit souple donnerait à celui-ci un champ très large*».

Sulla scorta di tali considerazioni, senza voler per forza individuare una costante nel modo di manifestarsi, sembra opportuno provare a proporre una dimostrazione che possa aiutare a comprendere il modo attraverso cui i criteri individuati dal Conseil d'État operino.

In che cosa si distingue la «*Campagna per la prevenzione del diabete di tipo 2*» pubblicata il 27 marzo 2018 sul sito del Ministero della Salute dal «*Piano sulla malattia diabetica*» approvato con delibera n. 1676 del 28 Agosto 2018 dallo stesso Ministero (DG Programmazione Sanitaria - Commissione Nazionale Diabete)?

In proposito, il primo criterio sembrerebbe essere soddisfatto da entrambi gli atti che, nel nostro caso, provengono da un organo dotato di una certa autorevolezza, il Ministero della Salute, il cui obbiettivo è certamente quello di orientare verso una determinata linea di condotta. Parimenti parrebbe rispettato il secondo requisito: si tratta di messaggi non suscettibili di instaurare un vero e proprio obbligo giuridico.

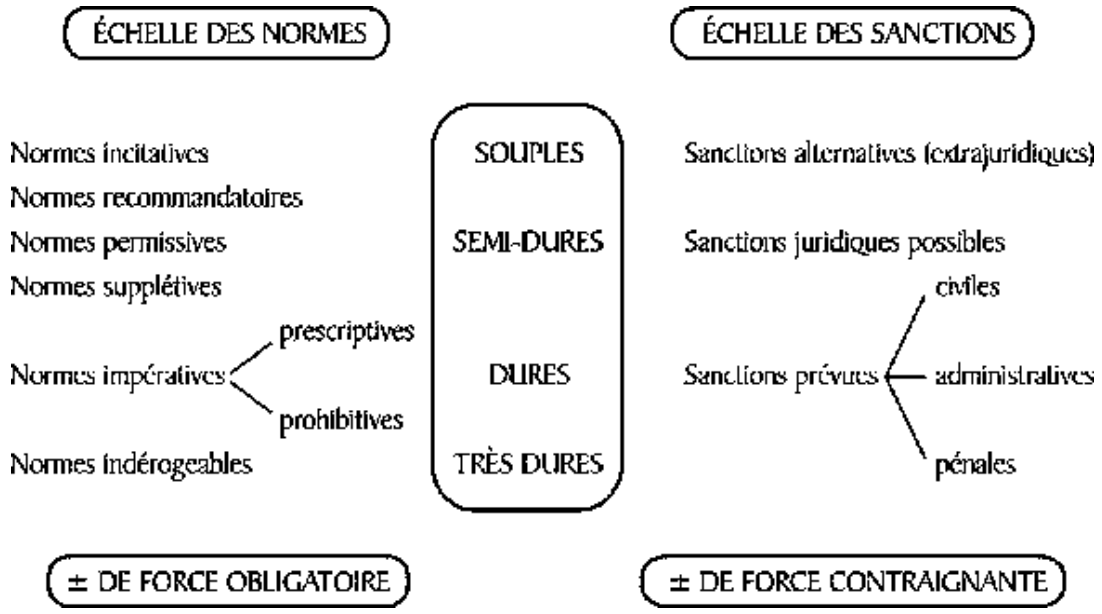
Tuttavia, per quanto concerne il terzo criterio si presenta una diversità sostanziale: rispetto a un messaggio di sensibilizzazione, di assoluta irrilevanza giuridica, cui il primo deve essere ricondotto, il secondo si contrassegna per la formalizzazione del contenuto in un documento più strutturato e approvato con un atto puntuale, che individua obbiettivi in grado di mobilitare gli operatori coinvolti e le amministrazioni. Ne consegue che solamente il secondo potrà essere considerato *droit souple* a tutti gli effetti.

3.2. L'*échelle de normativité* adottata dal Conseil d'État.

Prima di concludere questa parte e dare avvio all'analisi della «*doctrine de recours et d'emploi du droit souple*», occorre soffermarsi in ultimo sulla scala della normatività proposta dal Conseil d'État, che prende forma attorno alle considerazioni svolte nei precedenti studi dottrinali.

Facendo propria la doppia e incrociata scala graduata che contrappone la «scala delle norme», costruita in relazione alla forza *obligatoire*, alla «scala delle sanzioni», elaborata in base alla diversa forza *contraignante*, il Consiglio di Stato accetta quindi una

modulazione delle norme che va dalle norme inderogabili a quelle incitative, e una modulazione delle sanzioni, che parte dalle sanzioni tradizionali per arrivare a quelle alternative extragiuridiche (reputazionali, professionali, ecc.)[126].



Sulla base di questo presupposto, con riguardo al secondo criterio che appura chiaramente l'inabilità del *droit souple* a produrre obbligazioni lo studio propone, a ogni buon conto, un correttivo: tra il *soft law* e l'*hard law* si distinguono in crescendo tre stadi caratterizzati da una diversa "gradazione di normatività" presente nei vari "recipienti" del *soft law*[127].

Gli indici attraverso cui si articola la classificazione degli strumenti tra il *soft law* e l'*hard law* sono: i) l'obbligo di giustificare il provvedimento che si discosta da un modello previsto; ii) l'obbligo di provare la conformità al diritto nel caso non si opti per il modello suggerito; iii) l'obbligo di compatibilità rispetto al modello.

Più approfonditamente, il primo indice individua i casi in cui in capo ai destinatari viene lasciata la possibilità di disattendere l'atto di *soft law* a patto che qualsiasi

[126] C. THIBIERGE, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, cit., p. 604.
[127] Il termine è la traduzione di «*réceptable*», sostantivo utilizzato dal *Rapport* per indicare tutti i diversi atti attraverso cui il *droit souple* si può presentare. Alternativamente, lo studio utilizza la parola «*instrument*».

comportamento non conforme venga adeguatamente motivato. Allo stesso tempo, l'atto *soft* crea, in capo ai destinatari, un obbligo di *pris en compte*.

Si tratta di un schema costruito al fine di assicurare la prevedibilità decisionale dal momento che gli atti che rientrano in tale categoria sono configurabili alla stregua del modello della direttiva creato dal Conseil d'État nel celebre *arret Crédit foncier de France*[128]. Sul punto si tornerà più diffusamente quando si esporranno le condizioni di uso del *soft law*, ma al momento è sufficiente enunciare che gli atti rientranti in tale tipologia possono essere considerati come atti di autolimitazione.

Il secondo indice determina una presunzione di legittimità tale per cui anche la misura alternativa adottata dal destinatario deve essere esposta e spiegata (modello del *comply or explain*). Per intenderci, si tratta di un coefficiente che ricalca lo stesso meccanismo del *Codex Alimentarius* esposto nel primo Capitolo e, dunque, la categoria di atti che è accumunata da queste specifiche è rappresentata prevalentemente dalle norme tecniche.

In ultimo, il terzo indice non ammette alcun tipo di deroga. Ciò nonostante, l'obbligo di compatibilità è meno forte dell'obbligo di conformità dal momento che non implica un rispetto del modello in tutti i suoi elementi, bensì unicamente secondo la sua *ratio* generale[129]

[128] CE, Sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, n° 78880, Rec. p. 750, concl. BERTRAND, *A.J.D.A.*, 1971, p. 196; note M. WALINE, *R.D.P*, 1971, p. 1224; note FROMONT, *J.C.P.*, 1972, vol. 11, p. 17232.

[129] CONSEIL D'ÉTAT, *Droit souple*, cit., p. 67. La distinzione tra i due concetti è stata fornita nella sentenza *Société Davalex*, in cui il rapporteur public Dumortier ha specificato che «*si la notion de compatibilité est moins rigide que celle de conformité [..] autorise des appréciations d'espèce, plus justes, moins aveugles [..]il ne s'en déduit pas que la compatibilité relèverait d'un [..]droit mou par lequel autorité et juge administratif seraient invités au laxisme et au doigt mouillé. La caractéristique majeure du contrôle de compatibilité, du moins en droit de l'urbanisme, est qu'il doit être effectué à un niveau global*», CE, 12 décembre 2012, *Société Davalex*, n° 353496, Tables au Rec.

4. La reviviscienza della sentenza *Crédit foncier de France* per l'elaborazione di una *Doctrine d'usage du droit souple*.

Nella cornice appena tracciata ben più cospicua è, invece, la riflessione sulle condizioni cui sottostare per scongiurare un uso distorsivo del *soft law*.

In via introduttiva, l'idea alla base della «*doctrine d'usage du droit souple*», si ricorda, è un atteggiamento positivo riguardo ai benefici ricavabili da un suo accorto impiego. In un programma di azione che presenta il miglioramento della qualità della normazione come obbiettivo primario, si deve riconoscere che le alternative al regolamento amministrativo sono infinite: i pubblici poteri dispongono di una grande varietà di strumenti, dal momento che esiste un'ampia gamma di possibilità tra la regolamentazione e l'inazione, e «*définir une doctrine d'emploi du droit souple c'est aiuder les pouvoirs public è prendre conscience et à développer ainsi leur agilité normative*»[130].

[130] CONSEIL D'ÉTAT, *Droit souple*, cit., p. 133. Quanto all'ipertrofia legislativa si guardi, ad esempio, al Rapporto di A. LAMBERT; J.C. BOULARD, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, mars 2013 in cui si parla di «*délire normatif*». Cfr. altresì più recentemente B. STIRN *La dispersion des normes*; in

Chiarite le intenzioni del supremo organo giurisdizionale amministrativo, è possibile far luce sulla strategia seguita, la quale si concentra sulla reviviscenza della sentenza del Consiglio di Stato dell'11 dicembre 1970 *Crédit foncier de France* in cui fu valorizzata la figura della direttiva e furono colte le particolarità del modello[131].

La pronuncia fu significativa perché precedentemente, a livello dottrinario, la direttiva non aveva suscitato grande interesse, probabilmente a causa della marginalità che l'atto ebbe sul piano pratico. Inizialmente, Maurice Hauriou, celebre pubblicista francese, diede alla direttiva dignità di parametro di legittimità escludendo tuttavia l'eventualità di una sua deroga[132]. Ma fu solo nel 1971, grazie al saggio di commento di Marcel Welin che si apprezzò compiutamente le peculiarità della direttiva arrivando a considerarla una "pseudo-regola di diritto"[133].

La direttiva, infatti, risolve in un punto di equilibrio il perdurante e mai sopito conflitto tra il bisogno di libertà dell'amministrazione e il rispetto dei principi generali del diritto, quali la parità di trattamento e la certezza del diritto; è un modello normativo che si fa vincolo per l'autorità che lo pone, circoscrivendone il potere discrezionale.

Eppure, i lavori preparatori al Rapporto annuale hanno rivelato come, nonostante a livello giurisprudenziale la direttiva non abbia goduto di un adeguato approfondimento teorico, la stessa rappresenti un atto largamente utilizzato dalle amministrazioni pubbliche. Sotto diverso nome (es. *orientations*), si tratta, infatti, di uno strumento ampiamente diffuso tra le Autorità Amministrative Indipendenti. Il Rapporto annuale raccomanda, perciò, l'impiego dello stesso strumento anche alle restanti amministrazioni pubbliche, ritenendolo invero particolarmente appropriato per l'amministrazione decentrata.

Ribattezzata *lignes directrices* al fine di evitare equivoci con la "direttiva" europea, il Consiglio di Stato suggerisce il ricorso alle direttiva in almeno quattro casi: a) l'erogazione di aiuti economici, sociali, ambientali, o per la gestione del personale

---

RDP, 2017, n° 1, p. 5; H. PAULIAT, *La contribution du droit souple au désordre normatif*, in *RDP*, 2017, n° 1, p. 59.

[131] cfr. Laurent CYTERMANN, *Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence Crédit foncier de France***,** in *RFDA*, 2013, n° 6, p. 1119.

[132] M. HAURIOU, nota a CE ,17 juillet 1925, in ID, *La juriprudence administrative de 1892 à 1929*, II, Parigi, 1929, 93.

[133] M. WALINE, *L'autolimitation du pouvoir discretionnaire par des directives*, note sous l'arrêt *Crédit foncier de France*, in *Rev. dr. pub*., 1971, p. 1224; M. CLIQUENNOIS, *Que reste-t-il des directives? A propos du vingtième anniversaire de l'arrêt Crédit foncier de France*, in AJDA, 1992.

pubblico; b) in caso di esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione decentrata; c) come guida a un potere di deroga puntuale ad un regolamento; d) in caso di gestione degli agenti pubblici[134]. Al contempo, si ammettono due ragioni per cui le autorità amministrative possono derogare alle *lignes directrices*: i) per un motivo di interesse generale; ii) per la specificità della situazione concreta.

In aggiunta di ciò occorre considerare i possibili rischi che la noncuranza del principio di trasparenza può prospettare: infatti, al fine di scongiurare violazioni del principio di legalità si necessitano chiarimenti riguardo le autorità attribuite del potere di adottare atti di *soft law* e i criteri di redazione degli atti.

Sul secondo aspetto, va rilevato che la stesura degli atti di *droit souple* è guidata da poche e imprescindibili precisazioni: fondamentale è, ad esempio la pubblicazione degli strumenti adottati sul sito internet dell'autorità amministrativa a fini conoscitivi. Nondimeno, lo studio suggerisce l'opportunità di far precedere l'adozione dell'atto di *droit souple* da una consultazione pubblica, al fine di consentire un'appropriata partecipazione e limpidezza del processo di assunzione.

Con riferimento alla competenza, invece, il Consiglio di Stato ritiene legittimata ad adottare *lignes directrices* qualsiasi pubblica amministrazione dotata di potere decisorio puntuale[135].

Più esattamente, per quanto concerne la questione della competenza, va precisato che la stessa non si presenta sotto gli stessi termini nel caso in cui: i) l'atto di *soft law* esprima un autolimite all'esercizio del potere decisorio; ii) produca effetti giuridici in capo a terzi[136].

Il primo caso non postula l'accertamento della presenza di una norma attributiva di un potere ulteriore a quella che investe del potere decisionale l'autorità competente. A ben vedere, il potere di adottare provvedimenti puntuali comporta parimenti il potere di determinare i principi applicabili, così che l'autorità investita possa esprimere come intenda esercitare il proprio potere discrezionale in anticipo.

---

[134] D. COSTA, *La normatività graduata in diritto amministrativo francese: le linee direttrici*, in AIPDA. ANNUARIO 2015, *Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 190; ID, *Des directives aux lignes directrices: une variation en clairs-obscurs*, AJDA, 2015 806. Sul tema, più diffusamente, P. CASSIA, *Directives administratives ou lignes directrices? Une drôle d'affaire!, JCP Adm*. 2014; J. AUBY, *Des directives aux «lignes directrices»*, in *Droit Administratif*, 2014, n° 12.

[135] CONSEIL D'ÉTAT, *Droit souple*, cit., p. 9: «*Les lignes directrices peuvent être adoptées par toute autorité dotée d'un pouvoir de décision individuelle*».

[136] CONSEIL D'ÉTAT, *Droit souple*, cit., p. 161.

L'autovincolo è particolarmente facile da ricavare nel caso in cui vi sia coincidenza tra l'autorità che produce e l'autorità che applica l'atto limitativo, ma va precisato che si può parimenti verificare la situazione in cui, in virtù di un rapporto di soggezione, il vincolo sia dettato dall'autorità gerarchicamente superiore a quella investita del potere decisionale.

Significativa è l'assonanza con lo "schema Cammeo" elaborato per la sindacabilità delle norme interne e, particolarmente, per le circolari amministrative[137]. In maniera del tutto analoga, la circolare costruisce un vincolo per l'amministrazione sprovvisto della rigidità tipica della legge o del regolamento, che assicura un margine di apprezzamento del caso concreto insieme alla possibilità di derogarvi. Innegabilmente, i criteri generali individuati dell'atto sovraordinato rappresentano una implicita presunzione di correttezza circa l'esercizio del potere discrezionale, cui l'eventuale abbondono richiede un'adeguata esternazione delle ragioni[138].

Più complesso è, invece, l'inquadramento della seconda circostanza. Per essere compiutamente adottato il *droit souple* suscettibile di produrre effetti nella sfera giuridica altrui, è previsto che debba rientrare nella *mission* (interesse pubblico primario da tutelare) dell'amministrazione emettitrice.

Particolarmente significativo, a riguardo, è la distinzione effettuata dal Rapporto delle possibili situazioni che si possono presentare, le tutte catalogate in base alla necessità o meno di una base giuridica per l'adozione del *soft law*.

In proposito, laddove un'amministrazione pubblica adotti un atto *soft* in linea con la missione attribuita all'amministrazione non si richiede alcuna base giuridica distinta dalla norma attributiva del potere. Se, invece, l'atto *soft* muta - ma non in maniera profonda - il mandato attribuito all'autorità sarà necessario un decreto che autorizzi l'adozione del *droit souple*. Qualora, infine, l'interesse pubblico primario risulti alterato al punto da

---

[137] F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, pp. 103 ss.: «La violazione della circolare non può essere, senz'altro, un vizio assoluto dell'atto, come lo è quella di una legge o di un regolamento. Resterà quindi in facoltà dell'amministrazione di dimostrare che, nel caso singolo, vi erano ragioni di utile pubblico, per discostarsi dalla circolare, idonee a fornire una causa all'atto. Ma finché questa prova non sia fatta, rimane ferma la diversa prova risultante dalla circolare e quindi la illegittimità dell'atto per eccesso di potere».

[138] A. POLICE, *La predeterminazione dell'attività amministrativa: gradualità e trasparenza nell'esercito del potere discrezionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1977, pp.

trasformare le attribuzioni dell'autorità emanante, l'atto di *soft law* per essere legittimo dovrà essere adottato sulla base di una legge[139].

41. I limiti a un corretto impiego delle «*lignes directrices*».

Prima di concludere, non resta che passare in rassegna i principali limiti delle *lignes directrices*, i quali vanno tuttavia confinati a due profili: le manchevolezze in caso di una loro contestazione e la problematica distinzione dagli orientamenti generali.

Sul primo punto si forniranno approfondimenti nel paragrafo successivo con riguardo ai termini di contestazione ma, al momento, è bene specificare che lo strumento di tutela in capo ai destinatari dell'atto è relegato alla mera invocabilità in giudizio qualora provvedimenti concreti se ne discostino immotivatamente; è esclusa, perciò, una contestazione diretta delle stesse, non essendo idonee ad attivare autonomamente il meccanismo di controllo giurisdizionale, salvo alcune eccezioni.

Quanto invece, alle incertezze qualificatorie, sebbene la reviviscenza dell'istituto della *lignes directrices* abbia avuto il pregio di potenziare gli strumenti di azione dell'amministrazione, parimenti le stesse hanno oscurano una distinzione che invece era diventata chiara. In una recente sentenza, *Ministre de l'intérieur c/ M. Cortes-Ortiz*[140], il Consiglio di Stato ha avuto modo di specificare la differenza in un caso di regolarizzazione di stranieri in stato irregolare, inquadrandola in base alla natura della situazione giuridica soggettiva e all'invocabilità.

Nel caso in cui una legge attribuisca un vantaggio senza specificare le condizioni cui subordinare il beneficio, l'autorità competente, seppur priva del potere regolamentare, può circoscrivere il proprio potere discrezionale ricorrendo alle *lignes directrices*; tale facoltà non porta tuttavia a un'applicazione automatica dei criteri adottati, ben potendo l'amministrazione derogarvici in qualsiasi momento. Al cittadino che vede lesa la propria

[139] CONSEIL D'ÉTAT, *Droit souple*, cit., p. 163.
[140] CE, sect., 4 février 2015, *Min. de l'intérieur c. M. Ortiz*, req. N° 383267, *AJDA*, 2015, p. 443, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe. Cfr. JEAN LESSI; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *L'obligation, le choix, la grâce*, in *AJDA*, 2015, p. 443.

aspettativa è consentita l'invocabilità della *ligne directrice* a patto che questa sia stata pubblicata e, dunque, formalizzata. Diverso è il caso in cui l'amministrazione voglia concedere misure di favore senza attribuire un diritto soggettivo in capo all'interessato; in tal senso opereranno gli *orientations générales* in qualità di guida nella concessione della decisione di favore, senza però poter essere opposti al giudice in sede di giudizio. Si ricava, dunque, che il ricorso agli *orientations générales* o alle *lignes directrices* da parte dell'amministrazione è tattica per precludere, probabilmente, la possibilità di eventuali ricorsi amministrativi[141].

5. La *Doctrine de recours au droit souple*. Il necessario superamento del test d'*utilité, effectivité* e *légitimité*.

L'opportunità di ricorrere al *soft law* necessita di essere esaminata alla luce degli ulteriori sforzi del Consiglio di Stato a contenere la tendenza espansiva del fenomeno. In proposito, si esporranno tre questioni, che sono poi le condizioni che giustificano e legittimano l'uso del *soft law* da parte dell'amministrazione e garantiscono il soddisfacimento della domanda di giustizia fondata su o contro il *droit souple*.

Per questioni di linearità, si è deciso di trattare in questa sede il tema del test per la verifica dei tre requisiti del *droit souple*, ma va specificato che i criteri che verranno descritti, sebbene destinati ad operare sul piano giurisdizionale e, dunque, per valutare la ricevibilità del ricorso contro il *droit souple* o promosso in base al *droit souple*, valgono ancor prima come griglia orientativa per l'amministrazione nel farne un saggio uso.

L'incoraggiamento al *soft law* va, dunque, promosso purché questo risulti utile, effettivo e legittimo.

Più propriamente, il «*test dell'utilité*» si può considerare superato allorquando il *soft law* venga adoperato secondo le sue funzioni classiche, esposte nel precedente Capitolo. Nella prospettiva appena riferita allora se il *soft law* si presenterà come: i) sostitutivo del *droit dur*, allorquando non sia possibile ricorrervi per questioni attinenti a un impasse

[141] Cfr. D. COSTA, *La normatività graduata in diritto amministrativo francese: le linee direttrici*, cit., p. 192.

politico; ii) preparatorio al *droit dur*, in caso di fenomeni emergenti; iii) di accompagnamento al *droit dur*; iv) alternativo al *droit dur* in un determinato settore, allora ben potrà essere accolto.

Il «*test d'effectivité*» è sollecitato invece da esigenze eminentemente pratiche e saggia il potenziale apprezzamento da parte dei suoi destinatari. In virtù della sua natura volontaria, il *soft law* risulterebbe in verità svuotato di qualsivoglia dimensione laddove la plausibilità di divenire uno *standard* di riferimento venisse disattesa. Sicché, la presenza di forti opposizioni da parte dei destinatari ovvero, nel caso in cui il *soft law* fosse già stato oggetto di sperimentazione, l'eventuale mancanza di adesione rappresentano adeguati indici per sondare possibili sentimenti di critica.

Quanto, infine, al «*test de legittimité*» valgono le considerazioni svolte sulla necessità, da parte dell'autorità amministrative, di rispettare il principio di competenza secondo i suggerimenti indicati dal Consiglio di Stato. Con un accorgimento: si sconsiglia, per la sensibilità della materia, l'impiego del *soft law* nell'ambito delle libertà fondamentali al fine di scongiurare indebite restrizioni delle garanzie sostanziali.

Tutto ciò considerato, volendo ora proseguire l'indagine in maniera più precisa verso l'analisi dei criteri di controllo del *droit souple*, appare imprescindibile la disamina del diritto giurisprudenziale.

Innanzitutto, per diffondere ciò che a oltralpe è descritta come la «*construction d'une jurisprudence adaptée au controle du droit souple public*» il Consiglio di Stato ha dapprima fatto leva sui principi elaborati dalla precedente casistica, per poi affrontare tre questioni fondamentali: a) la ricevibilità del ricorso avverso gli atti di *soft law*; b) l'invocabilità degli stessi davanti al giudice amministrativo; c) la loro presa in conto da parte del giudice nella motivazione della sentenza.

Proseguendo con ordine, come anticipato, è nell'ambito della ricevibilità del ricorso avverso gli atti di *soft law* che più di frequente i giudici nel periodo ante Rapporto affrontano la problematica. Com'è noto, il criterio condiviso ai fini dell'accoglimento del ricorso è rappresentato dalla lesività del precetto posto dall'atto impugnato; se non fosse che l'attitudine lesiva di un atto di *soft law* sia, invero, minima dal momento che si tratta di un atto non suscettibile di attribuire diritti o prescrivere doveri e, pertanto, sul piano processuale il profilo dell'interesse a ricorrere non risulterebbe soddisfatto. In aggiunta al

negato carattere del vincolo la natura sfuggente del *soft law* viene ulteriormente avvalorata dalla sua capacità di mostrarsi talvolta come atto amministrativo, talatra come provvedimento e ancora come fonte.

L'eccezione opposta dalla scienza giuridica francese pertanto accuserebbe il *soft law* di non modificare l'ordinamento giuridico in quanto mancherebbe l'espressione finale dell'esercizio del potere amministrativo.

Su questa linea si presentano a ogni buon conto alcune significative eccezioni intercettate dal Consiglio di Stato durante i lavori preparatori e fatte proprie a sprone di un'auspicabile affinamento del controllo. Così, ad esempio, si ritiene che le raccomandazioni sulle buone pratiche medico-assistenziali adottate dalla Haute Autorité de santé (HAS) debbano essere considerate decisioni amministrative che incidono negativamente sulla sfera giuridica altrui essere[142].

Più precisamente, il Consiglio di Stato, anziché procedere, come di consueto, a un esame linguistico della raccomandazione per verificare la natura precettiva dell'atto, ha fondato il suo carattere incisivo non sulla natura del potere dell'HAS bensì sulla possibilità che la stessa costituisca parametro da tenere in conto in sede di verifica della responsabilità disciplinare[143].

Significativo è, perciò, che il carattere decisorio della raccomandazione sia stato riconosciuto in virtù della sua suscettibilità ad essere *pris en compte* da numerosi destinatari, quali sono i medici professionisti od ospedalieri nell'esercizio delle loro funzioni. Sebbene priva di coercibilità in senso tradizionale, la raccomandazione acquista forza obbligatoria grazie sia al richiamo del codice deontologico che al codice sanitario, così che i principi in essa definiti acquisiscono una pregnanza e latitudine maggiore proprio per la chiara sanzionabilità.

---

[142] C.E., 27 avril 2011, *Association Formindep*, n° 334396, rac. Lebon; concl. C. LANDAIS, in *A.J.D.A*, 2011, p. 1326: «*ces recommandations de bonnes pratiques [..]doivent être regardées comme des décisions faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir*». Nel caso di specie *L'association pour une formation medicale independante* (*Formindep*) contestava l'adozione delle raccomandazioni sulle buone pratiche medico-assistenziali in virtù di un procedimento di approvazione viziato; le raccomandazioni sono state successivamente annullate poiché redatte da una commissione imparziale.

[143] «*Celles-ci doivent être regardées comme des décisions faisant grief eu égard à obligation déontologie, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonnes pratiques*».

Si può dunque ricavare che se l'inosservanza delle raccomandazioni dell'HAS comporta il sorgere di una responsabilità disciplinare o amministrativa allora si possa e si debba poter loro attribuire forza obbligatoria chiudendo così la parabola della trasformazione della natura giuridica della raccomandazioni dell'HAS che deve il merito alla indiretta sanzionabilità loro assicurata da altre fonti normative.

La sentenza *Formindep* rappresenta certamente un primo tassello per la contestabilità indiretta di un atto di *soft law*; tuttavia, su questa linea va menzionata l'ulteriore importante arrêt *Société Casino Guichard-Perrachon* in cui viene precisato il limite cui l'eccezionale ricevibilità del ricorso avverso uno strumento di *droit souple* va ancorato[144]. A riguardo, le conclusioni del *Rapporteur Public* insistono sulla necessità di misurare le conseguenze giuridiche dell'impugnazione tanto che non pare opportuno ammettere qualsivoglia ricorso contro atti il cui annullamento non sia in grado di comportare dei risultati effettivi: si tratta quindi di verificare l'utilità pratica della domanda di giustizia[145].

Quindi, la giurisprudenza d'oltralpe combina il criterio della formulazione precettiva dell'atto con quello delle capacità dello stesso di produrre effetti pratici di tipo fattuale.

Si è visto, però, che i due criteri non operano necessariamente cumulativamente dal momento che nel caso *Formindep* il Consiglio di Stato non ha proceduto all'interpretazione specifica delle disposizioni di cui essa era composta concentrandosi unicamente sulla loro capacità di influire sul comportamento del personale medico. Esito, peraltro del tutto coerente con la premessa secondo cui, per il *droit souple*, occorre spingersi oltre la mera imperatività per misurarne l'attitudine a modificare l'atteggiamento dei destinatari.

Nell'eventualità in cui a essere contestata fosse una *lignes directrice* si pone dunque il problema di come possano essere impiegati i principi elaborati in precedenza. Infatti - si ricorda - le *lignes directrices* non prescrivono un'unica plausibile condotta ben potendo i destinatari disattenderle in caso di esigenze di interesse pubblico generale o in virtù della

[144] CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon et Société ITM Entreprises*, n° 357193 et 346378.

[145] In proposito le CONCLUSION Rapporteur Public C. LEGRAS rilevano che: «*il y a un limite qui tient naturellement au fait que vous ne pouvez admettre qu'un recours soit ouvert à l'encontre d'avis un de recommandations dont l'annulation ne serai pas susceptible de se traduire par un changement effectif; il y a donc un test incontournable, qui est celui de l'utilité du recours pour excès de pouvoir*», cfr. per un commento X. DOMINO; A. BRETONNEAU, *Miscellanées contentieuses*, in *AJDA*, 2012, p. 2373.

specificità del caso concreto. Tuttavia, a dispetto di ciò, va riconosciuto che l'onere di motivazione, sebbene effetto pratico, rappresenti al contempo un obbligo giuridico, sicché si può allora sostenere che una certa imperatività possa e debba essere loro riconosciuta.

Tale è l'auspicio del Consiglio di Stato che incoraggia un'evoluzione della giurisprudenza nel senso di cogliere nel flebile tratto impositivo l'occasione per ammettere la loro contestabilità[146].

Altro è, invece, il tema della invocabilità del *soft law* come parametro normativo di giudizio.

In tal caso bisogna distinguere a seconda se l'atto *soft* sia già transitato all'interno di una fonte formale, oppure resti confinato a indice raccomandatorio dell'autorità amministrativa. Solo nella prima circostanza il *soft law* può costituire base della decisione giudiziaria; in un certo qual modo, lo può essere anche l'atto di *soft law* che definisca dei canoni di comportamenti alla stregua delle buone pratiche dell'HAS di cui sopra. Con la precisazione che, nel secondo senso, il giudizio del giudice non verterà direttamente sull'ignoranza dell'esistenza del *droit souple*, bensì sulla possibilità che possa essere impiegato come parametro per misurare la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa[147].

Ne risulta perciò che, nella seconda circostanza, il giudice non potrà utilizzare il *soft law* nella motivazione sotto il profilo dell'errore di diritto, ma solo sotto il profilo dell'eccesso di potere[148].

In base a quanto esposto, si comprende facilmente come il *droit souple* presenti, a dispetto dei suoi limiti, una vitalità tutt'altro che confinata all'azione della pubblica amministrazione, ben potendo lo stesso irrobustire le argomentazioni dei giudici nell'esposizione delle ragioni sottese alla decisione. Benché non possa fondare di per sé il provvedimento giurisdizionale, rimane però l'auspicio di un metamorfosi nella redazione delle sentenze che presenti la menzione degli strumenti di *soft law* utilizzati nel corso ragionamento dialettico per giungere al verdetto.

---

[146] CONSEIL D'ÉTAT, *Droit souple*, cit., p. 174: «s*i l'illégalité des lignes directrices peut être invoquée à l'appui d'un recours contre une décision individuelle prise sur leur fondement, l'admission des recours directs contre ces actes permettrait de traiter en amont leur irrégularité*».

[147] CONSEIL D'ÉTAT, *Droit souple*, cit., p. 174

[148] R. LANNEAU, A. SEE, *Souplesse du droit, souplesse du juge*, in *Droit administratif*, 2017, n. 2.

6. Le prime applicazioni giurisprudenziali del Conseil d'État.

Recependo le innovazioni proposte dal *Rapport annuelle*, i giudici del supremo organo amministrativo hanno avviato alcuni ricorsi contro il *droit souple* e da questa adesione sono seguite raffinate decisioni affermate sulle base dell'affidamento creato dagli atti di *soft law*.

I primi segni di questa tendenza si riscontrano nelle sentenze *Société Fairvesta Inter.*[149] e *Société Numericable*[150].

Come primo aspetto, va precisato che le pronunce hanno portato a una notevole dilatazione del perimetro degli atti sindacabili, dal momento che vi sono stati inclusi i comunicati stampa e le dichiarazioni emessi da un regolatore.

Nella specie, nel primo caso la questione riguardava alcuni annunci dell'*Autorité des marchés financieres* destinati ad avvertire gli investitori circa le condizioni cui era sottoposto il commercio di taluni prodotti finanziari; a questi *Communiqués* era seguito un brusco calo delle sottoscrizioni ai suddetti prodotti, sicché una società finanziaria aveva adito il Conseil d'État al fine di ottenere l'annullamento del comunicato e il risarcimento del danno. Nel secondo caso, invece, il Presidente dell'*Autorité de la cuncorrence* in una dichiarazione (pris de position) prescriveva come venuti meno alcuni obblighi autorizzativi nelle operazione di concentrazione per le imprese operanti nel settore audiovisivo.

In entrambe le ipotesi i considerevoli pregiudizi economici provocati dalla pubblicazione degli atti ha portato la Corte a respingere l'eccezione di irrecivibilità del ricorso. Più precisamente, fin a quel momento si è visto come la tendenza della giurisprudenza fosse quella di riconoscere la rilevanza del *soft law* soltanto in quanto produttore di effetti giuridici indiretti: in questa ottica, il Consiglio di Stato aveva stabilito, ad esempio, che le dichiarazioni dell'*Autorité de la concurrence* non possedessero

[149] CE, ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, n° 368082, 368083, 368084, disponibile tra le Grands arrêts in *www.conseil-etat.fr*.
[150] CE, ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023 disponibile tra le Grands arrêts in *www.conseil-etat.fr*.

attitudine lesiva a meno che non avessero carattere generale e impositivo oppure contenessero prescrizioni provvedimentali[151].

Nelle due decisioni, al contrario, il ragionamento della Corte si presenta significativamente diverso. Il Consiglio di Stato, riprendendo la giurisprudenza *Casino Guichard-Perrachon*, ne muta nondimeno la regola di diritto statuendo che, ai fini dell'accoglimento della domanda di giustizia, non sarà più necessario sforzarsi di livellare gli atti non decisori ad atti aventi natura provvedimentale.

Quale è il nuovo principio, è presto detto: il Consiglio di Stato fa propria la possibilità di valutare l'accoglibilità di un ricorso sulla base non più dei soli effetti giuridici prodotti, ma anche degli effetti non giuridici. Con una specificazione: si richiede che gli effetti non giuridici debbano essere come minimo "considerevoli" e "significativi", specificatamente di natura economica, con la conseguenza che se una tale soglia non venisse soddisfatta il ricorso non potrà considerarsi accoglibile[152]. Parimenti, al fine di ridurre la portata espansiva dei nuovi criteri il ricorso potrà essere presentato unicamente da colui che possiede un interesse diretto, concreto e attuale.

Entrambe le pronunce, infine, precisano che il controllo esercitato dal giudice sul *droit souple* dovrà necessariamente adeguarsi «*en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation*». Si tratta perciò di un'apertura, quella della Corte, verso una tipologia di sindacato *souple* che ancora deve scoprire le proprie specifiche.

In virtù dei nuovi elementi elaborati, il Consiglio di Stato ha ritenuto la diminuzione delle contrattazioni dei prodotti commerciali e l'alterazione della situazione

[151] Si veda in proposito CE, 11 octobre 2012, *Société ITM Entreprises*, n 346378. Sull'argomento di recente della dottrina italiana si vedano M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Classificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm*., 2013, p. 53 e G. MORBIDELLI, *Il Tar Lazio e gli atti amministrativi generali*, in A. AMOROSINO; G. MORBIDELLI; M. MORISI (a cura di), *Istituzioni, mercato e democrazia*, Torino, 2002, p. 405.

[152] CE, ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, n° 368082, CONCLUSION Rapporteur Public, S. VON COESTER, p. 9: «*Les actes de droit souple tels que les avis, recommandations, misesen garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sontinvesties lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pourobjet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent*». Per un esame critico, si veda F. MELLERAY, *Précisions sur les modalités de contestation d'un acte de droit souple*, in *AJDA*, 2016, p. 2119; R. LANNEAU ; A. SEE, *Souplesse du droit, souplesse du juge*, in *Droit Administratif*, 2017, n° 2, p. 9; T. PERROUD, *Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de soft law des autorités de régulation*, in *JCP*, 2016, n° 22, p. 1074; J. SCHMITZ, *Le droit souple, les autorités administratives indépendantes et le juge administratif. De la doctrine au prétoire*, in *RFDA*, 2017, p. 1087.

concorrenziale nel campo dell'audiovisivo indici della capacità degli atti di cui sopra a provocare rimarchevoli effetti sul piano economico, autorizzandosi la sindacabilità sul piano della legittimità.

In questa ottica, il caso *Société GDF Suez* aggiunge due ulteriori tasselli alla primigenia teoria del «*recours contre le droit souple*»[153].

In primo luogo, l'affare fornisce un terzo modello di atto amministrativo che, sebbene non possieda carattere provvedimentale, può essere suscettibile di sindacato innanzi al giudice amministrativo. A riguardo, la precisazione della *Commission de Régulation de l'énergie* (CRE), che chiariva le condizioni di legittimità di un contratto tra fornitori di energia e gestori della rete, aveva avuto come effetto quello di escludere tra i soggetti legittimati alla stipula dei contratti gli operatori che non avessero una soglia minima di clientela. Il pregiudizio sofferto dai fornitori improvvisamente esclusi è stato considerato «*notable*» e «*significative*» dal Consiglio di Stato che ha rilevato come la precisazione abbia di fatto comportato una sostanziale alterazione dell'equilibrio concorrenziale tra fornitori di energia.

In secondo luogo, con riferimento alle condizioni di ricevibilità del ricorso, la decisione specifica che, in assenza di disposizioni specifiche, la messa in linea degli atti di *soft law* deve avvenire nello spazio del sito internet dell'autorità destinato alla pubblicazione dei provvedimenti e che i termini del ricorso decorrono dal momento della loro comunicazione al pubblico.

Diverso è, invece, il principio precisato nella pronuncia *Bouygues Télécom* in cui l'oggetto della controversia concerneva l'impugnabilità di una *ligne directrice* adottata dall'*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* (ARCEP) nell'ambito dei poteri regolatori in cui si presentavano indicazioni su come concludere gli accordi di condivisione delle reti mobili[154].

La sentenza non solamente chiarifica l'applicabilità della giurisprudenza *Fairvesta-Numericable* anche alle *lignes directrices*, ma ancor più rappresenta un significativo esempio di un'arte del distinguere i diversi tipi di prescrizioni che possono coesistere

[153] CE, 13 juillet 2016, *Société GDF Suez*, n° 388150. Sul punto, J. BODA, *Le contrôle des recommandations de la Commission de régulation de l'énergie par le Conseil d'Etat*, in *EEI*, 2017, n° 1, p. 2.
[154] CE, 13 décembre 2017, *Bouygues Télécom*, n° 401799. In tema, L. DE FONTENELLE, *Le contrôle juridictionnel des lignes directrices des autorités de régulation*, in *AJDA*, 2018, p. 571.

all'interno di un medesimo atto. Ci si riferisce, in proposito, alla probabile compresenza, in una *ligne directrice*, di paragrafi descrittivi, prescrittivi, orientativi o di azione puntuale. In questo caso, anziché applicare massimalisticamente e in toto lo schema del *recours souple* elaborato nelle precedenti pronunce, l'atteggiamento della Corte è stato, invero, quello di curare una certosina distinzione dei contenuti strutturalmente diversi da loro. Così che, ad esempio, se la summenzionata linea guida viene considerata idonea a condizionare significativamente il comportamento dei suoi destinatari nel caso in cui detti indicazioni sulla condivisione delle reti – e dunque sottoponibile a giudizio di legittimità - parimenti la stessa non può essere contestata per la parte in cui è esposta l'analisi di mercato sulla telefonia mobile. Quindi, sull'auspicio di adattare il controllo giurisdizionale al *droit souple* alle sue proprie caratteristiche, il Consiglio di Stato circoscrive scientemente l'ambito del suo sindacato espungendo le parti in cui l'autorità amministrativa demarca il suo ambito d'azione operativo[155].

Un'ulteriore precisazione viene, infine svolta, sull'intensità del sindacato, con particolare riferimento al contenuto dei comunicati stampa. Contrariamente a un annuncio che si limita a informare gli operatori della pubblicazione della *lignes directrice* e che ne sintetizza il contenuto, il *communiqué* che rivela la decisione dell'autorità di non chiedere la modifica di un accordo concluso tra due operatori è un atto suscettibile di ledere la sfera giuridica dei soggetti coinvolti e quindi sottoponibile a contestazione diretta.

In conclusione, dando conto delle soluzioni fino ad ora accolte dalla giurisprudenza amministrativa francese è possibile scorgere gli albori di una evoluzione auspicata dalla dottrina francese tutt'altro che semplice da operare sul piano pratico.

[155] In proposito si vedano le CONCLUSION Rapporteur Public M. X DOMINO, in cui si rileva che : «*si la logique elle-même souple et adaptative de la jurisprudence Numericable et Fairvesta de juger quoi que ce soit de général sur ce point en jugeant que les parties descriptives d'un acte de droit souple ne peuvent être utilement critiquées*».

CAPITOLO III

SOFT LAW E ORDINAMENTO AMMINISTRATIVO ITALIANO

Sommario: 1. Il *soft law* nella dottrina italiana. I pochi o nulli punti fermi. - 1.1. In particolare: il *soft law* amministrativo nella prospettiva delle fonti terziarie e nella prospettiva ordinamentale. - 2. Le problematiche affrontate dalla giurisprudenza amministrativa. 2.1. Il *soft law* come spazio di contorno della regola legale. - **2.2.** Il *soft law* come regola di coerenza. – 2.3. Un *focus*: la peculiarità di alcuni atti atipici.- 3. Un primo possibile approccio: il *soft law* visto attraverso le categorie con cui si può manifestare, ovvero le fonti terziarie - 3.1. *Soft law* e norme interne.- 3.1.1. *Soft law* e circolari. - 3.1.2. *Soft law* e direttive. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Il *soft law* nella dottrina italiana. I pochi o nulli punti fermi.

A questo punto della nostra indagine non resta che passare ad illustrare lo stato degli studi della dottrina italiana per verificare se sussista lo stesso grado di avanzamento. All'uopo, se il percorso seguito dall'affermazione del concetto di *soft law* all'interno dell'ordinamento francese è apparso piuttosto lineare, diversa è l'immagine che si ricava dall'esame dell'esperienza italiana.

In via introduttiva, si può indentificare nel *continuum* del quadro teorico tra filosofi del diritto e dottrina amministrativa il tratto caratteristico del sistema francese. Da una parte, infatti, gli studi dei teorici del diritto su una «giuridicità camaleontica»[156] hanno reso possibile prospettare una gradazione della normatività in grado di adattarsi non unicamente ai peculiari atti delle Autorità Indipendenti, ma spendibile per l'intero universo giuridico amministrativo. Si è visto, infatti, che il Consiglio di Stato francese ha elaborato un criterio di ricevibilità del ricorso avverso gli atti di *soft law* suscettibile di essere applicato agli atti adottati da qualsiasi pubblica amministrazione. Un elemento

[156] L'espressione è di M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 91.

cruciale va certamente individuato nel ruolo dei giudici nazionali, indispensabili nel tracciare i confini di atti che spesso tradiscono il principio di tipicità. Invero, è stato proprio il Conseil d'État a cogliere il tratto di maggior originalità della più recente scienza francese e a farlo proprio marcando le distanze con i precedenti indirizzi.

Anticipando una considerazione che verrà sviluppata nelle pagine che seguono, si può sin da ora riconoscere come la scienza giuridica italiana non presenti lo stesso livello di consequenzialità: le riflessioni di costituzionalisti e filosofi del diritto restano su un piano ancorato alla «teoria delle fonti» e «teoria dell'interpretazione»[157]. Al contempo, si deve rilevare che lo studio del *soft law* da parte della scienza amministrativistica resta un campo

[157] Per una disamina ricostruttiva dell'utilità di una distinzione tra «l'applicazione delle leggi» e la «teoria delle fonti», si veda R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. BRUNELLI; A. PUGIOTTO; P. VERONELLI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassarre. Il potere costituzionale come regola e limite al potere*, 2009, I, pp. 35 ss., spec. p. 37 in cui denuncia, con riferimento alla crisi del ruolo ordinante della legge causata dalla globalizzazione giuridica, un sostanziale spostamento di preferenza dei giuristi dalla «teoria delle fonti» alla «teoria dell'interpretazione» per affrontare tale mutamento: «la teoria delle fonti fatica a percepire l'essenza di questi fenomeni, non riuscendo più a inquadrarli secondo gerarchia e competenza, mentre maggiormente attrezzata appare la teoria dell'interpretazione». Si noti che in seno nella «teoria dell'interpretazione giuridica» si deve tener ben distinto il concetto di «applicazione» da quello «interpretazione» poiché sono «attività che si esercitano su oggetti differenti [...]. Pertanto, l'applicazione non coincide con l'interpretazione per la buona ragione che la presuppone», cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 351. Più in generale, nella teoria dell'interpretazione si possono enucleare due diverse concezioni: la teoria conoscitiva o cognitiva e quella valutativa. Secondo la prima, all'interprete non è dato apportare alcun elemento creativo, sicché l'operazione interpretativa risulterebbe quella di cogliere i significati della norma all'interno della stessa, indagando perciò l'intenzione del legislatore senza che le specifiche del caso concreto possano fornire alcun ausilio: il compito del giurista sarà, in definitiva, quello di sussumere il caso concreto nella fattispecie determinata astrattamente dalla legge. Al contrario, nella teoria valutativa, che è espressione di una concezione pratica dell'interpretazione, il caso assume un valore centrale nell'operazione, tanto che «il caso non può comprendersi giuridicamente se non in riferimento alla norma e questa in riferimento a quello, poiché non c'è solo il caso che deve orientare la norma, ma anche la norma che deve orientarsi al caso», G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite,* Torino, 1992, p. 181. L'attività interpretativa pratica, dunque, giunge ad enucleare la norma attraverso una combinazione tra disposizioni normative e particolarità del caso concreto. Si noti, però, che l'interpretazione pratica, seppur creativa, è ancorata a parametri che guidano il ragionamento giuridico al fine di scongiurare soggettivismi di dubbia compatibilità col principio di legalità. Circa gli strumenti a disposizione del giurista, basti ricordare che: «nell'esperienza giuridica l'interpretazione letterale si affianca a quella storica, a quella evolutiva, a quella logica, a quella sistematica, a quella teleologica, a quella che adegua la legge ai principi generali e via discorrendo, senza che sia dato stabilire fra tali strumenti una qualche gerarchia», L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano,* Bologna, 1996, p. 180. Sulla distinzione tra «disposizione» e «norma», si veda V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma),* in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, XIII, p. 196: «Per disposizione non si intende la norma (comunque e da chiunque) formulata, quanto, più propriamente, la formula istituzionalmente rivolta a porre e rivelare la norma». Per una completa disamina delle teorie, invece, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. IUDICA; P. ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993; ID, *Teoria e dogmatica delle fonti,* in A. CICU; F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1998; così come F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica,* Padova, 2009; S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva,* in S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU; F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1980.

praticamente inesplorato. Nondimeno, va pur sempre osservato che le esigue indagini elaborate dalla dottrina rappresentano pur sempre il sintomo di una esigenza di sistemazione pratica e scientifica. Di certo, si può parimeti anticipare che, nel diritto amministrativo, si ha l'impressione che il *soft law* sia un fenomeno di carattere generale che si manifesta attraverso la sommatoria di rappresentazioni puntuali.

Volendo tuttavia procedere con ordine, i punti alla base delle osservazioni della dottrina costituzionalistica consistono nella resistenza a una rivisitazione del modello gerarchico al fine di una possibile inclusione del *soft law* nel sistema delle fonti[158].

La critica all'idea di un sistema non chiuso dei mezzi di produzione normativa basato sul principio di gerarchia fa sì uno dei più autorevoli studiosi del diritto pubblico ammonisca la scienza sull'attribuire il giusto campo d'azione al *soft law* dacché non ci si troverebbe innanzi a regole «giuridiche»[159]. Infatti, per parte della dottrina pubblicistica il *soft law* va letto dall'angolo visuale dello Stato di diritto e rappresenta, perciò, una deviazione dalle forme tipiche di produzione delle norme generali. Sicché, rappresentando di fatto una preferenza a metodi consensuali e partecipati di produzione delle fonti, il fenomeno non può che essere arginato nell'ambito della teoria dell'interpretazione: allo

[158] Per una riflessione sulla nuova produzione normativa nell'era della globalizzazione, si veda A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it., spec. p. 42 nota 5, in cui si legge «nella fase più recente dell'esperienza giuridica la distinzione fra i principi e le regole la cui osservanza è garantita con le tecniche specificamente proprie del diritto e i principi e le regole che sono generalmente qualificati come *soft law* si è venuta facendo assai meno rigida, sia per la relativamente più agevole derogabilità dei primi, sia per la maggiore vincolatività spesso riconosciuta ai secondi».

[159] In tal senso R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, Torino, 2009, che con riferimento ai documenti di *soft law* afferma: «Deve ignorali il giurista? La domanda è difficile solo perché mal posta. A me sembra che il giurista debba aver ben netta la distinzione tra ciò che è "fonte del diritto" e ciò che non lo è: e fonte del diritto può essere esclusivamente l'atto (e, in certi anfratti, il "fatto") previsto come tale da una norma di riconoscimento. La separazione dei poteri stacca il mondo dei testi, da cui si possono ricavare le norme, dal processo di produzione delle norme stesse, cioè dall'interpretazione. Il *soft law*, per definizione, non c'entra con le "fonti di diritto", ossia con l'*hard law*. Può entrare invece nel processo di interpretazione per profili diversi». Sul pluralismo della fonti anche B. PASTORE, *Le fonti e la rete: per un principio di legalità rivisitato*, in G. BRUNELLI; A. PUGIOTTO; P. VERONELLI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassarre. Il potere costituzionale come regola e limite al potere*, 2009, I, pp. 257 ss., cui peraltro riprende la metafora della piramide e della rete per descrivere lo scenario in cui viene meno il principio ordinatore della supremazia della legge da F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, pp. 29 ss. Dello stesso autore anche da F. OST; M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002. Similmente anche B. PASTORE, *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, in G. PINO; V. VILLA (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, pp. 168 ss.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Milano, 2008, p. 108.

scopo, risulta pertanto necessario che il giurista impari a riconoscere i fatti (ed atti) abilitati dall'ordinamento giuridico a creare diritto oggettivo, avvalendosi, invece, dei documenti di *soft law* in qualità di «strumenti utili alla conoscenza della situazione di fatto in cui opera la disposizione»[160]. Il che non significa affatto che il *soft law* sia privo di rilevanza, bensì semplicemente che questi concorra a «organizzare la realtà a cui la norma giuridica – che essi però non producono né concorrono a formare – dovrà essere applicata».

Così impostato, si comprende il diverso piano cui al *soft law* è dato operare: si tratta di proteggere ciò che la giuspubblicistica liberale del XIX secolo ha costruito, cioè non tanto la concezione formale del diritto, ma la concezione liberale dei rapporti sociali, in cui le guarentigie giuridiche sono in difesa dell'individuo, che si trova sempre in posizione di inferiorità di fronte al pubblico potere[161].

Nondimeno, va segnalato che esistono anche nel nostro ordinamento alcuni cenni di apertura nei confronti della teoria gradualista delle normatività e di una riflessione su un ristrutturazione del sistema delle fonti che meglio inquadri i fenomeni dettati dalla progressiva trasformazione del ruolo ordinante della legge, della sovranità statale, o della territorialità stessa delle fonti. La possibile attenuazione al sistema gerarchico di produzione normativa o alla consistenza della norma giuridica presenta alla base la, sempre praticata, distinzione tra regole, principi e norme[162].

---

[160] R. BIN, *Soft law, no law*, cit., p. 6. Più precisamente l'autore indica che l'utilità del *soft law* nel processo interpretativo può rilevare: i) per ricostruire l'intenzione del legislatore; ii) per comprendere la realtà. Cfr. sul tema R. GUASTINI, voce *Interpretazione dei documenti amministrativi*, in *Enc. Dir*., XVII, Roma, 1989, p. 6.

[161] Invero, negli scritti più recenti della dottrina costituzionalistica si denuncia una profonda crisi che sembra intaccare le fondamenta stesse del sistema delle fonti, cfr. L. CARLASSARRE, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 536 ss.; Anche per il diritto amministrativo, il fenomeno è stato registrato in uno dei più autorevoli trattati, in cui Sorrentino afferma che Il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale ha segnato un mutamento di prospettiva sulla funzione della legge, che da «canone universale di comportamento» si è trasformata in «strumento privilegiato per la realizzazione dell'indirizzo politico governativo, come mezzo per l'eliminazione delle disuguaglianze economico sociali, per la redistribuzione delle risorse, per l'attuazione della politica economica del governo, con la conseguenza di una sua frammentazione», cfr. F. SORRENTINO, *Fonti del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, 2007, p. 7.

[162] R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, pp. 53 e 54 in cui, a proposito della distinzione tra regole e principi afferma che: «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" […] i principi non fissano le condizioni che rendono necessaria la propria applicazione»; R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012. Principi e regole non sarebbero, quindi, equiparabili perché sebbene entrambi siano norme giuridiche, i primi sono

La presenza dei principi lascia spazio, infatti, a un giuridicità in cui una «gerarchia delle norme» si fonda sul «carattere strumentale che le une presentato rispetto alle altre»[163]. Un diverso modello di giuridicità sarebbe allora possibile laddove si abbandonasse la prospettiva della *validità* per prendere in considerazione il profilo della *effettività*, poiché grazie al principio di effettività «i comandi giuridici sono riconoscibili come tali a condizione che ricevano un certo qual tasso di osservanza e di accettazione da parte dei consociati». Ne deriva un sistema delle fonti modellato su un coordinamento e una continuità nel processo di formazione delle norme che provenga dal consenso dei destinatari[164].

Su questa linea si collocano, ad esempio, gli studi di Baldassarre che adotta una concezione ampia di fonte, comprensiva del *soft law* asserendo che le fonti «presentano gradi diversi di oggettivazione»[165]. La sua impostazione pertanto sceglie di non prescindere «dalla rete di interrelazioni dove regolazioni morbide, fluide, ed elastiche [..] che convivono con discipline pienamente obbligatorie» e di accogliere un angolo visuale in cui coesistono «fonti che forniscono all'operatore giuridico immediatamente una norma valida e fonti che offrono soltanto idee, ispirazioni, orientamenti, effetti di indirizzo». Parimenti Modugno adotta una concezione lata di "sistema" di produzione di norme che consente di accogliere qualsiasi mutamento al suo interno, perciò anche il *soft law*[166]. Parla

---

«norme del 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*» sicché «i sostenitori delle teoria gradualista osservano che le norme di principio [..] possono essere osservate e applicate in modo più o meno intenso», così M. S. BUCALO, *Autorità indipendenti e* soft law, Torino, 2018, p. 13.

[163] Più diffusamente, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto – art. 1-9*, in A SCIALOJA; G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, 1977, p. 10: «L'ordinamento è gerarchicamente strutturato sotto un duplice punti di vista, avendosi da un lato, una diversa gerarchia fondata sulla diversa efficacia normativa che sorregge le diverse manifestazioni di volontà dello Stato (Costituzione, legge, regolamento, ecc.) - e che risulta da una certa cristallizzazione della maggiore o minore forza politica da cui tali manifestazioni erano assistite nel momento storico in ci si sono realizzate - e, dall'altro, una gerarchia delle norme fondata sul carattere strumentale che le une presentano rispetto alle altre».

[164] U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir*., 2006, n. 3, pp. 364 e 367: «nulla vieta di usare la denominazione "fonte" per indicare fenomeni che non sono inseriti in un ordine verticale o che o che comunque provengano dal basso e non dall'alto di una trama sociale» per dare voce «ad altri nuclei ormativi, variamente muniti di effettività, che siano in grado di influenzare [..] sia la cultura giuridica qualificata sia l'opinione pubblica, fino a produrre nel tempo nuovi orientamenti del diritto legale».

[165] B. PASTORE , *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. dir*., 2003, pp. 12-14.

[166] «Nella più comune accezione "sistema designa un insieme o complesso di elementi collegati tra loro, interdipendenti, in modo da formare un tutto organico, soggetto a determinate regole. Quando si parla di sistema delle fonti si allude, metaforicamente, all'insieme dei fatti giuridici idonei a produrre le norme che

invece, di «stabilire se e dove è maggiore l'apporto *culturale* offerto da una fonte ai processi ricostruttivi di senso dell'altra» Antonio Ruggeri, che per riportare ad armonia e coerenza il sistema delle fonti non disdegna perciò il significativo apporto che documenti non normativi possono addurre[167].

1.1. In particolare: il *soft law* amministrativo nella prospettiva delle fonti terziarie e nella prospettiva ordinamentale.

Passando invece al diritto amministrativo, si deve anzitutto rilevare che al *soft law* si riferiscono due unici saggi, in cui, in verità, l'argomento viene trattato con una metodica interamente differente. Da un canto, il lavoro di Mazzamuto, *l'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, affronta il tema "a valle", concentrando lo studio sulle fonti del diritto illuminate dalla specificità dell'amministrazione[168]; da un altro canto, lo studio di Ramajoli *Soft law e ordinamento giuridico* ne offre, invece, una prospettiva ordinamentale[169].

Per quanto concerne la prima prospettiva, Mazzamuto, nel chiedersi quale spazio il *soft law* occupi nella gerarchia delle fonti del diritto amministrativo, rifugge qualsiasi tentativo di fornirne un'eventualità di significato. Tuttavia, l'autore ritiene, a logica, come lo spazio per il *soft law* debba ritenersi comunque molto limitato: nel diritto amministrativo, infatti, l'abbondanza di fonti terziarie rende eccessivamente gravoso dedicare al *soft law* più che

---

compongono il c.d. diritto oggettivo, ossia l'aspetto normativo di un determinato ordinamento giuridico [..] ma le fonti, come fatti giuridici, in tanto sono idonee a produrre le "norme"; di un determinato ordinamento giuridico, in quanto a loro volta qualificate da norme di questo ordinamento le conferiscano una tale idoneità», F. MODUGNO, *E' ancora possibile parlare di un sistema delle fonti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 1, che però ampia riprendendo V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993, II, p. 4: «non sempre tutto il diritto effettivamente vigente nello Stato è diritto sorto in forme o modi legali, per l'operare ineliminabile in qualsiasi esperienza giuridica di fonti *extra ordinem*».

[167] A. RUGGERI, *E' possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in «*Itinerari*» *di una ricerca sul sistema delle fonti*, XII, Torino, 2009, pp. 443 ss.

[168] M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Le fonti nel diritto amministrativo*. Atti del convengo annuale, Padova, 9-10 ottobre 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 193 ss.

[169] M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento giuridico*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, fasc. 1, p. 147.

uno spazio marginale, dacché nella «fitta foresta» di circolari, direttive, norme interne, piani e programmi, non si comprende quale particolarità il *soft law* abbia.

Coerentemente con la premessa posta, secondo cui le fonti del diritto amministrativo costituiscano un autonomo oggetto di indagine, l'autore sceglie di seguire una riflessione propria e distante dagli studi costituzionalistici proponendo una nozione più ampia di "fonte del diritto", tale da ricomprendervi le fonti terziarie e, potenzialmente, il *soft law.*

E' sufficiente, per l'autore, accontentarsi delle parole di Santi Romano, secondo cui «norma, nel senso prevalso, è soltanto un precetto "più o meno" generale e astratto»[170].

Ciò è particolarmente vero nella pubblica amministrazione in cui le fonti terziarie si pongono, a vario modo, come parametro per valutare la legittimità del provvedimento individuale e concreto. Sicché, si può forse prospettare che «il criterio del precetto sovraordinato al provvedimento» possa essere la chiave per definire "fonte" «tutto ciò che si colloca sempre in un gradino sovraordinato rispetto al provvedimento singolare e concreto, costituendone il parametro di legittimità»[171]. Con una precisazione per il *soft law*: la sua innocuità va monitorata e trattata con rigore nel momento in cui questi voglia assumere una rilevante efficacia precettiva; in tali casi, non si potrebbe prescindere dal mettere sotto controllo il *soft law* per soddisfare esigenze di legalità e giustizia.

Si tratta, perciò, di una posizione molto simile a quella adottata dal rapporto del Conseil d'État che rimanda al giudice il potere di avallare, in sede di contenzioso, l'indurimento del *soft law*.

---

[170] S. ROMANO, *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, pp. 27 ss., ora in ID., *Scritti minori*, Milano, 1950, II, p. 355-6. Anche se l'autore stesso sottolinea la denuncia di un perdurante bisogno di una categoria nuova ed autonoma di effetto giuridico precettivo parimenti per il diritto urbanistico e il diritto dei mercati finanziari, cfr. P. STELLA RICHTER, *Il sistema delle fonti nella disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. Urb*., 1989, p. 609: «L'idea di partenza del presente lavoro è [..] che la disciplina urbanistica sia costituita da una complessa serie di precetti che non sono – o meglio non sono sempre e necessariamente – norme giuridiche». S. AMOROSINO, *Principi "costituzionali, poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in Id (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008, p. 15: «è preferibile usare la locuzione più ampia di fonti precettive perché molte delle "regole" non sono contenuti in leggi o regolamenti, ma in atti precettivi, di livello formalmente, inferiore, variamente denominati: ad esempio istruzioni (della Banca di Italia), comunicazioni (della Consob), determinazioni (dell'Isvap), norme tecniche».

[171] M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., p. 221: «non si tratta di considerare l'occasionale qualificazione regolamentare di una norma interna, ma di riconsiderare in blocco l'inserimento del livello terziario nel sistema delle fonti [..]è dunque il concetto di fonte che va ampliato, ma, al contempo, articolato al suo interno» e da sviluppare «in gruppi di fonti o in fonti singolare. Nulla così impedisce di affermare che vi sia un gruppo di fonti, quelle tradizionali, che condividono una disciplina comune, quella tradizionale (*iura novit curia*, ricorribilità in cassazione, ecc.) cui sono invece estranee altre fonti, come le nostre fonti terziarie».

Diverso, invece, è l'angolo visuale scelto da Ramajoli che sembrerebbe indagare il *soft law* attraverso il modo con cui vengono *praticati* i condizionamenti tra ordinamenti.

Anzitutto, il lavoro ha il pregio di individuare con precisione le problematiche centrali che la nozione di *soft law* porta con sé: una prima, che attiene ai meccanismi attraverso cui se ne garantisce l'osservanza; una seconda, che guarda al rapporto del *soft law* con il diritto legislativo. E proprio nel chiedersi quale sia il meccanismo attraverso cui il *soft law* assicura la propria vigenza, l'autrice rileva che «la mancanza di forza cogente intesa in senso tradizionale [..] nasconde la forza sostanzialmente *politica* dei medesimi», cosicché il *soft law* consente di cogliere la *forma concreta* di un processo che avrà come risultato ultimo l'affermazione di un nuovo ordine di competenze, diverso da quello stabilito dalle fonti formali. Questa conclusione muove dall'intuizione di adottare, come angolo visuale di studio, «l'ordinamento non come fatto, ma come farsi, come continua attività produttiva»[172].

Sulla scia del pensiero di Santi Romano, secondo cui l'ordinamento «non è un insieme o complesso di norme», ma è «è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, sopra tutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura», la prospettiva ordinamentale, in definitiva, arricchisce l'orizzonte di senso del *soft law* ricordando come non si possa prescindere dalla sua dimensione dinamica per comprenderlo compiutamente.

Tali considerazioni, si anticipa, troveranno un'eco importante all'interno del presente lavoro; qual è l'idea, è presto detta: volendo osservare il *soft law* all'interno dell'amministrazione, la premessa che il *soft law* sia «fonte di un ordinamento che utilizza canali diversi dalle procedure formali tipiche» suggerisce di sondare l'atipico, l'informale, e, dunque, il "vuoto"; o, ancor meglio, cosa e come l'atipico e l'informale vanno a riempiere.

[172] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, II, p. 9.

2. Le problematiche affrontate dalla giurisprudenza amministrativa.

In mancanza di un adeguato apparato teorico può anzitutto essere interessante scoprire cosa rivelano le applicazioni pratiche dell'innesto del *soft law* nel nostro sistema amministrativo.

E' significativo rilevare che, a dispetto della giurisprudenza d'oltralpe, quella italiana non presenta lo stesso grado di approfondimento.

Più esattamente, se, in un sistema in cui dalla fonte primaria le altre seguono a scalare, stabilire lo spazio del *soft law* significa stabilire se questi possa avere una rilevanza nel controllo sulla legalità dei comportamenti, si può constatare che, in tal caso, la giurisprudenza amministrativa continui a rimarcare l'esclusività di tale prerogativa agli atti di *hard law*.

Sebbene la frammentarietà degli interventi renda impossibile abbozzare i contorni di un generale orientamento giurisprudenziale sull'argomento, in poche, ma non per questo meno importanti, decisioni si rinvengono, tuttavia, le prime orme del *soft law*.

Va precisato, però, che i fondamenti delle singole statuizioni non sempre appaiono dotati di coerenza reciproca.

2.1. Il *soft law* come spazio di contorno della regola legale.

Indicativo in tal senso risulta la recentissima impostazione del Consiglio di Stato che, in tema di accreditamento del rating di scientificità di una rivista giuridica, ha specificato come il *soft law* possa «riguardare gli spazi di contorno della regola legale ma non può porsi in modo esuberante come diretta fonte del diritto»[173].

[173] Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1584. Nello specifico, la rivista "*Diritto e processo amministrativo*" era stata ritenuta pubblicazione non di "*eccellenza*" e, di conseguenza, non inserita dal Consiglio Direttivo dell'ANVUR nella lista delle riviste scientifiche di area giuridica *classe A* rilevanti ai fini dell'abilitazione nazionale. Si noti come in un passo della sentenza il giudice mostra efficacemente, durante la ricostruzione della legislazione applicabile, la difficoltà del districarsi tra fonti diverse: «Si discute, cioè, di una valutazione contemplata da un regolamento ministeriale [..] che dichiara di fondarsi su un sistema a scalare dalla fonte primaria ad atti regolamentari, che all'apice ha l'art. 16 della l. n. 240 del 2010 e in posizione intermedia gli artt. 4 e 6 del D.P.R. n. 222 del 2011 (che è un regolamento della tipologia dell'art. 17, comma 2, l. 17 agosto 1988, n. 400). Deve essere allora rammentato che le disposizioni regolamentari vanno interpretate secondo le leggi cui danno attuazione, e non viceversa».

Nel caso di specie, si contestava la scelta da parte dell'ANVUR di aver adottato, come criterio di valutazione per il collocamento della rivista, il parametro del *peer-review* poiché «le norme primarie non avevano considerato il *peer-review* come criterio di valutazione a effetti determinativi della discrezionalità tecnica». La valutazione delle riviste era pertanto ricaduta su una tecnica non acclarata da alcun dato normativo e la Corte ha ritenuto di non sottrarre a sindacato di legittimità «l'elasticità dell'applicazione dei criteri, parametri e regole di *soft law*».

Significativo, a riguardo, è il percorso argomentativo elaborato dal Consiglio di Stato rispetto alla casistica francese. La delibera dell'ANVUR viene considerata atto di *soft law* e la potenziale invasività del contenuto, con cui vengono indicate le modalità tecniche di calcolo e la classificazione delle riviste, è riconosciuta dalla Corte, la quale non nega come l'incidenza del valore di mercato delle riviste si rifletta su una maggiore appetibilità di pubblicazioni su di esse, e che nel caso di specie la sottoclassificazione abbia ingenerato «apprezzabili risvolti non solo in termini di immagine, ma anche di valore scientifico e di natura commerciale». La Corte dunque sembra, da un lato, riconoscere effetti rimarchevoli alla delibera dell'ANVUR, ma, dall'altro, non acconsente ad avvalorare la scelta espressa dall'autorità che risulta avvenuta sulla base di non attendibili elementi tecnici compiutamente predefiniti e compatibili rispetto ai criteri di legge. Sebbene dunque in linea con la missione attribuita all'amministrazione, all'atto di *soft law* è contestato la causazione di una frattura logiche con la normazione primaria.

Più precisamente, la Corte argomenta che sebbene si possa rintracciare una logicità nell'applicazione del *peer-review* in sede di valutazione della qualità della ricerca, lo stesso non può dirsi in proposito alla catalogazione delle riviste in classi, che espone il fianco a condizionamenti ed influenze delle "scuole", rischiando di divenire mera operazione autoreferenziale[174].

Anche la linea adottata dal Consiglio di Stato in una controversia relativa al contenuto dei poteri esercitabili dall'ANAC nei procedimenti di conferimento dell'incarico di cui all'art. 16 D.lgs. n. 39/2013 non è troppo distante dal principio sopra menzionato: in tale pronuncia viene infatti specificato che l'ordine di revoca dell'incarico è un potere che va speficato, «quanto meno per i suoi profili essenziali, nel dato normativo primario»: non

[174] Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1584, punto 5.2.

può essere consentito il ricorso ad atti regolatori diversi, quali le linee guida o altri strumenti di cd. *soft law*, per prevedere l'esercizio di poteri nuovi e ulteriori, non immediatamente percepibili dall'analisi della fonte legislativa»[175].

2.2. Il *soft law* come regola di coerenza.

Singolare appare, invece, la tendenza, nel nostro ordinamento, di una accezione di *soft law* simile al *droit souple* nell'unica sentenza in cui il Consiglio di Stato fa proprio tale termine[176]. La vicenda si riferisce a una controversia che ha interessato una delibera dell'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC) con la quale è stato approvato un emendamento al cap. 9), § 6), del regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti al fine di urbanizzare in maggior sicurezza le aeree adiacenti al traffico aereo. In attuazione della nuova policy, è seguita l'emanazione di linee guida che hanno definito *ex novo* le zone di rischio, delineando dei vincoli, calibrati in un crescendo rispetto all'area di tutela, sulle costruzioni nuove limitrofe all'aeroporto.

Nel quadro fattuale appena tracciato va aggiunto che regolamento e linee guida si rivolgono agli attori istituzionali operanti nell'ambito della sicurezza aria, primi fra tutti i Comuni aeroportuali. Proseguendo, nella specie, ribaltando le statuizioni di primo grado, il

[175] Tar Lazio, sez. I, 14 novembre 2016, n. 11270. Nella specie si trattava di stabilire la legittimità dell'ordine di ANAC rivolto a una pubblica amministrazione di revocare un incarico: «Come noto, il principio di legalità dell'azione amministrativa, di rilevanza costituzionale (artt. 1, 23, 97 e 113 Cost.), impone che sia la legge a individuare lo scopo pubblico da perseguire e i presupposti essenziali, di ordine procedimentale e sostanziale, per l'esercizio in concreto dell'attività amministrativa [...] L'art. 16, d.lgs. n. 39/2013 [...] delinea chiaramente il ruolo e i compiti dell'ANAC in materia di inconferibilità di incarichi e li descrive nei termini dell'esercizio di un generale potere di vigilanza, rafforzato attraverso il riconoscimento di forme di dissuasione e di indirizzo dell'ente vigilato, che possono financo condurre alla sospensione di un procedimento di conferimento ancora in fieri ma che non possono comunque mai portare alla sostituzione delle proprie determinazioni a quelle che solo l'ente vigilato è competente ad assumere». Sulla perdurante centralità della norma attributiva del potere, per sua natura laconica, e sull'imprescindibile ruolo della giurisprudenza nella difficile individuazione puntuale dei confini del potere di regolazione, si veda M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2018, n. 2, in cui si riconosce come fondamentale «il ruolo del giudice nel tracciare ambiti e limiti degli atti, generali e puntuali, di regolazione, visto che essi non sono previsti in maniera sostanziale dal legislatore».

[176] Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2016, n. 1360.

Consiglio di Stato sviluppa un ragionamento di carattere eminentemente pratico, ma importante per il profilo della competenza di cui si è *supra* accennato nella parte francese.

Due sono i punti dai quali dipende la soluzione del caso: in primo luogo, la Corte scolora i dubbi inerenti al potere dell'ENAC facendo leva sulla *mission* ad esso attribuita; in secondo luogo, i giudici affrontano il tema della «"sovrapposizione" della citata delibera sulle funzioni comunali di governo dei loro territori» condizionati dalla zonizzazione prevista dall'ENAC.

Con riferimento alla prima questione, il fatto che il potere dell'ENAC non risulti da alcuna fonte primaria va smentito in relazione al generale dovere dell'ENAC di dare puntuale attuazione alla normativa tecnica ICAO, organizzazione di carattere internazionale, preposta allo sviluppo di principi e tecniche di navigazione aerea.

Parimenti, rientra nella legittimazione dell'ENAC rivalutare il contenuto delle norme attuative, financo ponendo linee guida aggiuntive agli standard minimi «per rendere efficaci e sempre attuali le migliori pratiche per la sicurezza dai rischi della attività aeronautica». La Corte, perciò, affranca l'ambito del potere dell'autorità dalla sola predisposizione delle mappe di rischio, così come disposto dall'art. 707, comma 3, c.n, legittimando l'adozione di un atto *soft* in parte estensivo delle competenze, ma che reputa in linea con la missione attribuita all'amministrazione.

Quanto, invece, al *vulnus* all'autonomia locale dei Comuni in tema di pianificazioni, il Consiglio di Stato ne prova, in realtà, la natura solo apparente. Anzitutto, ben lungi dal risolversi nella temuta compressione delle prerogative degli enti sul loro territorio, «il potere dell'ENAC si traduce per contro nella messa a loro disposizione, da parte sua, di valutazioni tecniche su fattispecie a carattere generale».

In quest'ottica, è significativo rilevare come i giudici, in virtù della particolarità della materia, si ritrovino forzati, per chiarire la problematica relativa alla sottrazione della funzione del governo del territorio, a dar luce a un ulteriore precisazione, riferita alla natura giuridica della delibera.

Sebbene non riconosca natura regolamentare alla delibera in oggetto, la Corte precisa che, in virtù della «la pluralità dei soggetti e degli interessi coinvolti contemporaneamente» la disciplina «non possa esser risolta mediante un mero *continuum* gerarchico di fonti normative sott'ordinate le une alle altre, ma va gestita attraverso un

potere normativo diffuso tecnico e giuridico insieme, talvolta con il *droit souple* che, ove occorra ed a certe condizioni, può trasformarsi in *droit dur*», sicché «a prescindere dal loro inquadramento dogmatico, tali linee-guida assumono comunque la valenza di canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, la cui violazione integra un'ipotesi di negligenza, tanto più grave, quando sono implicate esigenze di tutela dell'incolumità collettiva». Poiché, il contesto tecnico-giuridico è in continuo divenire, le linee guida, perciò, si pongono a canone di comportamento *flessibile*.

Le funzioni dei Comuni, quindi, non sono libere, ma strettamente conformate all'adattatività delle linee guida, che hanno lo scopo di indurre i Comuni aeroportuali a trovare un punto di equilibrio tra esigenze di sicurezza e tendenze espansionistiche[177].

Volendo proporre alcune considerazioni di sintesi in riferimento alla pronuncia, si può affermare che la questione della natura giuridica della delibera è presto risolta in una prevalenza della sostanza dell'atto rispetto alla forma con il quale viene adottato. E' importante inoltre ravvisare un'apertura della nostra giurisprudenza affine a quella auspicata dal Conseil d'Etat, ovverosia l'opportunità di sintetizzare il *soft law* nella sua capacità di vincolare l'azione secondo uno schema alternativo, desumibile in un obbligo di coerenza e compatibilità dei futuri piani di governo nel territorio, tali da giustificare, come nel caso di specie la chiusura di fronte a una richiesta di costruzione di un centro commerciale nelle zone soggette a rischio.

2.3. Un *focus*: la peculiarità di alcuni atti atipici.

Laddove, all'opposto, si ampli la ricerca specificandola e diversificandola sui singoli strumenti di *soft law* e analizzandola rispetto al rapporto atto-effetto, lo scenario, come detto, mostra statuizioni affatto lineari riguardo al valore da assegnare a taluni strumenti.

[177] Nello specifico la sentenza dichiara che «le linee-guida recano non già una sorta d'inedificabilità assoluta, ma un'equilibrata conformazione dell'attività edilizia al solo scopo di garantire (zona C) un ragionevole incremento dell'edilizia residenziale e di nuove attività non residenziali e (zone C e D) di evitare interventi puntuali ad elevato affollamento ed a forte concentrazione».

A riguardo, un primo punto distintivo rispetto alla giurisprudenza francese è rappresentato dalla categoria dei comunicati stampa.

L'avvedutezza del Consiglio di Stato nella pronuncia *Fairvesta-Numericable* ha accordato un'emancipazione dai criteri tradizionali al fine di scongiurare che statuizioni significativamente incisive restino prive di tutela; non può dirsi lo stesso con riferimento agli interventi del Presidente ANAC, i quali debbono ritenersi riconducibili al «novero di quegli atti, atipici e non vincolanti, con i quali l'Autorità si limita ad esprimere, in funzione collaborativa e di supporto alle stazioni appaltanti, il proprio orientamento in ordine all'applicazione ed interpretazione della normativa di settore»[178].

Consolidando un indirizzo sviluppatosi di recente, i giudici insistono a disconoscere come, nel quadro del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016, richieste e sollecitazioni di chiarimenti inerenti la normativa trovano sovente risposta su profili applicativi talvolta estremamente sensibili. Si consideri, fra tutti, il congiunto comunicato del Presidente dell'ANAC e del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti emesso in data 22 aprile 2016 per risolvere i problemi di diritto intertemporale causati dalla tardiva pubblicazione del codice[179].

Ma ancor più, la magistratura sembra non tener conto della significativa incisività che gli interventi del Presidente operano sulle sfere giuridiche altrui. Emblematico, in tal senso è la questione sorta all'interpretazione dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, commi 1 e 3, del predetto d.lgs. n. 50/2016, in cui il giudice ha dovuto dirimere una controversia concernente l'applicabilità o meno delle dichiarazioni sulla insussistenza dei motivi di esclusione anche con riguardo ai revisori legali. A riguardo, il solo accenno alla figura del

[178] Così, TAR Brescia, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 218; TAR Lazio, sez. II, 4 agosto 2017, n. 9195; TAR Umbria, ordinanza collegiale, 31 maggio 2017, n. 428, in cui si specifica che: «per quanto a norma dell'art. 213 d.lgs. n. 50/2016 il novero dei poteri e compiti di vigilanza affidati all'ANAC sia invero penetrante ed esteso, a presidio della più ampia legalità nell'attività contrattuale delle stazioni appaltanti e della prevenzione della corruzione, non può ammettersi nel vigente quadro costituzionale, in tal delicato settore, un generale vincolante potere interpretativo con effetto *erga omnes* affidato ad organo monocratico di Autorità Amministrativa Indipendente, i cui comunicati ermeneutici – per quanto autorevoli – possono senz'altro essere disattesi. Diversamente dalle linee guida, per la cui formazione è previsto un percorso procedimentalizzato e partecipato (vedi art. 213 comma 2 D.lgs. 50 del 2016) – nel solco d'altronde degli stessi principi affermati dalla giurisprudenza in tema di esercizio di poteri di tipo normativo o regolatorio da parte di Autorità indipendenti […] – i comunicati del Presidente dell'ANAC sono dunque pareri atipici e privi di efficacia vincolante per la stazione appaltante e gli operatori economici».

[179] COMUNICATO congiunto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, Graziano Delrio e del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Raffele Cantone, 22 aprile 2016.

revisore in quanto soggetto munito di poteri di controllo ex art. 80, comma 3, del D.Lgs. 50/2016 risulterebbe, appunto, unicamente dal comunicato del Presidente ANAC che, in proposito, si attesta certamente a fonte autorevole degna di apprezzamento dalle autorità committenti[180].

Si osservino, ancora, le *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita* approvate con il D.M. del 21 Luglio 2004 in attuazione dell'art. 7, comma 2 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 cui è stato attribuito «un carattere immediatamente precettivo»[181].

Dall'analisi del testo, che risulta non meramente ripetitivo del testo di legge, si avvede, infatti, l'impossibilità di considerarle atto esclusivamente interpretativo in virtù della specificità delle prescrizioni in essa inserite, foriere di dettare e la procedura e le tecniche da utilizzare per svolgere l'operazione di fecondazione assistita, rendendo perciò impossibile il loro confino a mero «atto interno all'Amministrazione, e pertanto inidoneo a ledere posizioni di terzi».

Non meno curioso è, infine, l'inquadramento delle lettere di sollecito prodromiche all'attivazione della procedura di iscrizione a ruolo, strette tra l'essere meri atti amministrativi o provvedimenti veri e propri. Ebbene gli atti di intimazioni da ritardato pagamento delle sanzioni pecuniarie sono state considerate dal giudice come atti sanzionatori, perciò aventi carattere provvedimentale, attesa la loro strumentalità non all'esecuzione della sanzione, ma alla determinazione dell'*an* e del *quantum* delle sanzioni aggiuntive e, oltremodo, all'esclusione del frazionamento di una stessa materia tra plessi giurisdizionali diversi[182].

[180] COMUNICATO Presidente Anac, in data 6 ottobre 2016 e 8 novembre 2017, cfr. TAR Brescia, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 218, in cui, con riferimento all'inclusione del revisore legale tra i soggetti indicati nel terzo comma dell'art. 80 del D. Lgs. 50/2016 le cui condanne per i reati espressamente indicati dalla stessa norma debbono portare all'esclusione dell'impresa concorrente, si precisa che, a dispetto del Comunicato stampa che ha valenza non precettiva, «l'individuazione nel complesso panorama delle possibili figure rilevanti nell'amministrazione delle imprese deve essere guidata dalla *ratio* della norma, che è quella di "evitare che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale».

[181] T.A.R. Lazio, sez. III, 9 maggio 2005, n. 3452.

[182] Cons. Stato, VI, 28 gennaio 2016, n. 289. Il dichiarato scopo del giudice, infatti, era quello di evitare l'accoglimento dell'eccezione di del giudice amministrativo sollevata sulla base del presupposto che la controversia concernesse diritti soggettivi patrimoniali, e pertanto devolvibile alla giurisdizione del giudice ordinario.

3. Un primo possibile approccio: il *soft law* visto attraverso le categorie cui si può manifestare.

Dall'analisi giurisprudenziale appena compiuta può ritenersi confermata la percezione iniziale sull'impossibilità di giungere a considerazioni di sintesi circa un indirizzo ben definito.

Nondimento, dal quadro appena tracciato sembra emergere un dato significativo: l'attitudine *direzionale* del *soft law* tende a manifestarsi attraverso ricorrenti categorie di atti, appartenenti tutti alle fonti terziarie.

Laddove si voglia perciò sondare la forma concreta con cui si formalizza la *direzione* impressa dal *soft law* si manifesta la necessità di meditare sulla natura e le caratteristiche dei singoli atti.

A monito della linea di sviluppo del lavoro si segnala, nondimeno, già una prima considerazione, ed è l'esigenza di distinguere l'analisi degli atti su due ordini di livello: quello del contenitore e quello del contenuto.

Chiarito ciò, occorre rilevare anzitutto che, nelle fonti terziarie, l'atipicità è tratto onnipresente. In proposito, Crisafulli, nella sua famosa voce *Fonti del diritto* dichiarava che «la tipicità o atipicità delle fonti sono concetti di reciproca relazione, oltre che convenzionali e descrittivi»[183]: immaginando un contesto ideale in cui fosse presente «un'elencazione compiuta e tassativa delle fonti ammesse», auspicava che a tale elenco si accompagnasse «una precisazione dei contrassegni di forma esclusivamente riservate alle fonti, di guisa che fossero immediatamente riconoscibili»[184]. La predeterminazione delle caratteristiche delle fonti attraverso la configurazione di modelli generali rappresentava, quindi, un omaggio al principio della certezza del diritto.

Viceversa, l'espressione «fonte atipica» si riferisce ad una «ipotesi di atto normativo che, per il nome e per molti aspetti, rientra in un tipo ma se ne discosta per uno o più aspetti specifici imposti da un atto superiore»[185]; sicché l'atipicità va legata a una

[183] V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto: b) Diritto costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 965.
[184] V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto: b) Diritto costituzionale*, cit., p. 936.
[185] G. U. RESCIGNO, *Note per la ricostruzione del sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 819.

"deviazione" da un modello generale o, addirittura, a una assenza completa di un modello o, ancor più, a un regime non convenzionale circa gli effetti prodotti[186].

Appare convincente, perciò, la ricostruzione secondo cui l'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo «altro non è che un modo per rappresentare un assetto pluralistico delle fonti»: l'atipicità va quindi letta come pluralità[187].

La varietà, si noti, non è prerogativa delle sole fonti secondarie, ma marca maggiormente le fonti terziarie rendendo faticoso avere chiare qualificazioni per gli atti che si trovino nell'area di confine con i provvedimenti amministrativi[188]. Non a caso, è alla giurisprudenza che da tempo si è lasciata la classificazione di fattispecie incerte, e nella stessa si è affermata l'opinione circa l'inattendibilità dei soli criteri formali per preferire una qualificazione costruita sulla scorta di criteri di carattere sostanziale[189].

Si è detto che la veste concreta del *soft law* si formalizza attraverso atti *sui generis*, se si vuole atipici; perciò se il *soft law* si fa conoscere, si esplicita attraverso sembianze (im)precise, di primo acchito il miglior modo di procedere sembrerebbe quello di interessarsi unicamente alle caratteristiche specifiche degli atti che sembrano appartenere a questo fenomeno.

Nel corso dell'indagine si avrà modo di testare la tenuta di questa impostazione, ma al momento, con le premesse che ci siamo posti, si può forse affermare allora che il *soft law* possa rappresentare un modo per rivitalizzare la produzione normativa interna esecutiva.

---

[186] Sebbene riferito ai provvedimenti amministrativi, parlava di «categorizzazione generale», anziché di modello M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, pp. 319 ss., ora in *Scritti*, vol. IX, Milano, 2006, pp. 453 ss.:«il carattere della tipicità attiene *solo* alla presenza, necessaria, di talune statuizioni e/o al contenuto sempre necessario, di talune di esse».

[187] M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., p. 202, spec. nota 25. Del resto, è la stessa giurisprudenza ad affermare, ad esempio, che il valore degli statuti locali nella gerarchia delle fonti «si configura come atto formalmente amministrativo, ma sostanzialmente come atto normativo *atipico*, posto in posizione di primazia rispetto alle fonti secondarie dei regolamenti e al di sotto delle leggi di principio», cfr. Tar Sicilia, sez. III, 26 maggio 2011, n. 1304.

[188] Sulla normazione secondaria, senza pretesa di esaustività, cfr. A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, IV ed., 2005, pp. 47 ss; A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970. Più di recente, C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti secondarie atipiche*, in *Dir. pubb*., 2010, p. 398.

[189] Così per tutte, Cons. St., sez. IV, 2012, n. 2674: «ai fini, quindi, della individuazione della natura dell'atto, non operando un principio di tipicità delle fonti, con riferimento agli atti di formazione secondaria, deve soccorrere una indagine di tipo sostanzialistico». In dottrina, invece, denunciano questa tendenza M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Classificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm*., 2013, p. 53; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 69:«la giurisprudenza tende a qualificare come atti normativi atipici (o *extra ordinem),* in base a criteri sostanzialistici, molti atti che dettano regole di comportamento a soggetti esteri all'amministrazione».

Poiché il quadro delle forme di azione è certamente troppo vasto e complicato, si rende necessario individuare le figure più paradigmatiche; non solo infatti, gli strumenti del *soft law* testimoniano un'inventività e originalità di forme (tra i tanti: note/lettere di sollecito; faq; annunci; note di lettura), ma laddove aderenti ad atti tradizionali (direttive, circolari, raccomandazioni, linee guida) gli stessi rappresentano dei veri e propri microsistemi di studio, capaci di pretendere ciascuno una trattazione a sé stante.

In quest'ordine di idee, è opportuno svolgere una ulteriore precisazione aderente ai connotati dell'atto (?) di *soft law*: il *soft law* non si presenta come atto puntale. Se, com'è noto, gli atti non decisori si scompongono in molteplici sottocategorie, allora con queste necessariamente il *soft law* va confrontato. Perciò, se in tali sottocategorie le norme interne rappresentano un paradigma di grande importanza - prima espressione dell'attività normativa terziaria - allora si tratterà di verificare se il *soft law* sia contenuto, perfino nel suo *significato*, in queste sottocategorie e vada, quindi, in esse identificato senza ulteriori inutili complicazioni: in tal caso l'ambizione di una possibile sistematizzazione rischierebbe di ridursi in una pura sostituzione nominalistica di atti – le norme interne - già ampliamente analizzati da studi dottrinali.

3.1. *Soft law* e norme interne.

Per meglio definire il ruolo delle norme interne nell'ambito del *soft law* la prima riflessione va compiuta anzitutto con riguardo al motivo per cui le stesse hanno acquisito rilievo nella storia del pensiero giuridico.

In proposito, vanno perciò tenute ben distinte le dispute dottrinarie sulle «teoria delle norme interne» dal valore da esse assunto sul piano pratico: il primo profilo attiene, infatti, al risalto fornito agli ordinamenti interni sulla scia della teoria del pluralismo degli ordinamenti giuridici di Santi Romano; il secondo, invece, riguarda la fruttuosità, dal punto di vista operativo, della soluzione sistematica offerta dalle norme interne, in cui si

presenta, cioè, un modello normativo che contiene una «implicita clausola generale di derogabilità in sede esecutiva» che investe il precetto in esse contenuto[190].

E' questa flessibilità che si intende tenere da conto, in quanto elemento comune col *soft law*. Questa flessibilità, seppur nella sua ovvietà, è tratto che rende incomparabile – e quindi eliminabile dall'indagine – il *soft law* con legge e regolamenti: il raffronto, infatti, cederebbe di fronte alla diversa natura della deroga alla regola generale che, sebbene presente nelle previsioni legislative o regolamentari, è, all'opposto, automatica in sede di attuazione.

Tornando alle norme interne, in via preliminare mette conto inquadrare il primo terreno in cui si manifesta la rilevanza di una loro qualificazione. Allora come oggi per il *soft law*, si avvertì la necessità di definire l'efficacia di regole che non possedevano caratteri normativi in senso classico: inevitabilmente la soluzione a siffatto problema chiamò in causa l'aspetto della non vincolatività delle norme interne nei confronti dell'ordinamento generale contrapposto alla forza giuridica delle stesse rispetto alle singole sezioni di ordinamenti.

Sebbene oggetto di attenzione da parte della dottrina già agli inizi del XIX secolo, la norma interna rappresenta una costruzione dottrinale che ha avuto seguito grazie agli studi di Bassi, cui si deve il merito di aver meglio definito i contorni della figura[191]. A detta dell'autore, «una proposizione prescrittiva può reputarsi norma interna se ed in quanto concorre alla costituzione di un ordinamento speciale di rilevanza pubblicistica legato da un vincolo di derivazione rispetto all'ordinamento generale statale (e pertanto riferito come interno a quest'ultimo»[192].

---

[190] M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., p. 228. Si veda, inoltre, il § 2.2. del presente Capitolo. Sulla pluralità degli ordinamenti si tornerà ampiamente nel capitolo successivo quando si tratterà dell'attività amministrativa interna, basti per ora che la teoria elaborata da Santi Romano rispondeva alla necessità di garantire un'autonomia all'ordinamento amministrativo in ragione della sua specialità rispetto al diritto privato. Per una ricostruzione su questi aspetti si rimanda a G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl*., 1915, pp. 329 ss.

[191] Tra le primissime trattazioni, oltre al già segnalato G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, cit., in tema, sebbene riferiti a profili particolari, anche la monografia di G. SALEMI, *le circolari amministrative*, Palermo, 1913; G. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950; F. CAMMEO, *A proposito di circolari e istruzioni*, in *Giur. it*, 1920, III, p. 1; A. AMORTH, *Efficacia esterna delle circolari amministrative*, in *Riv. it. di, dir. fin*., 1941, p. 133; A. DE VALLES, *Tendenze in giurisprudenziali in tema di circolari*, in *Foro it*., 1943, I. p. 678; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1958, 833 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1992, p. 91 ss.

[192] Così N. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963, p. 15.

Evidente, in tale assunto, è l'apporto di Santi Romano che già da tempo aveva segnalato l'esistenza di norme appartenenti ad ordinamenti sezionali che disciplinavano, appunto, i rapporti interni[193]. Tale importante constatazione costituì il punto di partenza per l'impostazione teorica degli ordinamenti interni, che a sua volta trovò la più valida ipotesi di lavoro nella spiegazione unitaria fornita dai «fenomeni di supremazia generale»[194]. Su questi profili si avrà modo di tornare più diffusamente nel successivo Capitolo, ma ciò che è significativo rilevare è che facendo ricorso a tale teoria si riuscì a fornire una giustificazione unica del fondamento delle norme giuridiche. Queste ultime «non vennero più riguardate come regole non giuridiche che il soggetto fruente di una particolare posizione di supremazia dettava nei confronti dei soggetti a lui sottoposti, ma come vere e proprie norme giuridiche poste da altrettanti atti o fatti definiti come normativi nell'ambito dei rispettivi ordinamenti; restava ferma la non giuridicità delle norme interne nella cerchia dell'ordinamento statuale, ma veniva affermata senza possibilità di equivoco la loro giuridicità in senso ai rispettivi ordinamenti»[195].

In verità, gli studi sulla norma interna, una volta sincerato il fondamento e la giustificazione delle stesse, hanno rinunciato ad indagare la possibile effettività *esterna* delle norme interne rispetto all'ordinamento generale e, dunque, se la norma interna esaurisse la sua validità nell'ambito degli ordinamenti minori oppure estendesse la sua portata in spazi di maggior respiro. Invero, le norme interne rilevano anche in ordine alla

[193] Sul punto, si veda più diffusamente § 3, Cap. III. Al momento si segnala che S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 178-179, concludeva il suo lavoro affermando che «ogni istituzione è, per definizioni, un ordinamento giuridico: poiché si hanno istituzioni ce sono parti di un'altra, gli ordinamenti che costituiscono le prime sono parti dell'ordinamento giuridico di quella più ampia che le comprende: essi sono dunque ordinamenti giuridici interni di quest'ultima». Riferendosi invece alle norme interne, precisava che «noi intendiamo per norme interne e ordinamenti interni di esso: a) gli ordinamenti nella sua organizzazione in quanto concernono la posizione rispettiva e i rapporti dei suoi vari organi e istituti; b) gli ordinamenti dei suoi singoli organi e istituti, sia in sé e per sé, sia nei rapporti con le persone che sono titolari dei rispettivi uffici o con le persone che, per varie cause, possono essere ammesse negli istituti medesimi».

[194] Si tratta di una particolare figura di potere elaborata sulla base della teoria istituzionalistica volta a inquadrare, sotto il profilo oggettivo, una serie di rapporti creatisi nell'ambito di fenomeni organizzativi, così che «i particolari poteri di certi soggetti ed il correlativo stato di particolare soggezione di certi altri soggetti che il concetto tradizionale della sovranità statuale non valevano a piegare, trovarono la loro definitiva sistemazione ed al tempo stesso la loro giustificazione nella nozione di ordinamento interno», Così N. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 12; un'accurata esposizione critica è contenuta in A. M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale – il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina*, Torino, 1953.

[195] N. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 13. Certamente, lo sfondo della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici fu anche foriera di limiti, i primi tra i quali il precludere l'ingresso nell'alveo delle norme interne di qualsiasi prescrizione proveniente da un ente che non appartenesse ad alcun ordinamento giuridico.

tutela del legittimo affidamento nei confronti della pubblica amministrazione[196]. Ragion per cui è da tempo sostenuto che le norme interne abbiano in realtà valenza esterna e sono in grado di produrre effetti anche nei rapporti con i cittadini.

3.1.1. *Soft law* e circolari.

Tuttavia, quale ne sia il piano teorico, ciò su cui interessa soffermarsi è che proprio in occasione delle norme interne, nel suo archetipo per eccellenza quale è la circolare, si inventò il palliativo alla perdurante istanza di giustizia in garanzia di quei margini di elasticità lasciati alla pubblica amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico[197]. Il margine di deroga lasciata dalla circolare consente un apprezzamento del caso concreto seppur vincolando l'amministrazione[198].

Questo comune aspetto – il grado di vincolatività - rende naturale l'accostamento della circolare all'atto di *soft law*, benché sia opportuno meditare sulle "spie" che inducono la mente a ravvisare questo punto di contatto. Tre sono gli indici attraverso cui, si ritiene,

[196] Per tutti si veda F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'alternanza"*, Milano, 2001, p. 188 in cui afferma che «viene spontaneo chiedersi se la teorica della tutela dell'affidamento e del principio di buona fede possa essere di qualche ausilio anche per affrontare la *vexata quaestio* della rilevanza verso l'esterno di altre regole che, come quelle enucleate dalla prassi disciplinato l'attività amministrativa al di fuori delle norme legislative e regolamentari: le c.d. norme interne».

[197] La circolare è, come le altre norme interne, un atto dai contorni sfumati; come tale non rientra tra le fonti del diritto e la sua violazione rileva sotto il profilo dell'eccesso di potere e può dar luogo a responsabilità disciplinare. Sul tema la dottrina è sconfinata, senza pretesa di esaustività, oltre a quanto già segnalato: M.S. GIANNINI, voce *Circolare*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, I; N. BASSI, voce *Circolari amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl*., III, Torino, 1989, p. 54; M. P. CHITI, voce *Circolare*, in *Enc. Giur*., VI, Roma, 1988, p. 2; O. TENTIOLI, *Circolari e Istruzioni*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1959, p. 248; F. GARRI, *Le circolari amministrative*, in *Ammin. It*., 1972; A. CATELANI, *Le circolari della pubblica amministrazione*, Milano, 1984.

[198] La vicenda che ha suggellato la disciplina della circolare amministrativa è conosciuta ed è contenuta nelle due note a sentenza stese da Cammeo nel 1900 e nel 1912, in cui lo studioso era stato chiamato a commentare un ricorso per eccesso di potere, sotto il profilo del principio di non contraddizione riferito a una circolare. Se nella prima nota del 1900, l'atteggiamento di Cammeo è di chiusura, dal momento che, in qualità del contenuto generale della circolare, riconosce a quest'ultima efficacia regolamentare. Sarà la nota successiva a proporre il cambio di paradigma, dacché, si legge che «nell'incertezza un atto emesso in forma e nome di circolare devesi disconoscere efficacia regolamentare [..] la violazione della circolare non può essere, senz'altro, un vizio assoluto dell'atto, come lo è quella di una legge o un regolamento», cfr. F. CAMMEO, *Valore regolamentare di atti e istruzioni ministeriali*, in *Giur. It*., 1900, III, p. 273; F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. It*., III, 1912, p. 103.

tale confronto possa svilupparsi, ovverosia la fonte dell'obbligatorietà, la natura dei destinatari, e la funzione propria degli atti.

Anzitutto, per quanto concerne il primo elemento, non c'è unanimità in dottrina su di cosa le circolari sarebbero espressione: una parte ha ravvisato in loro una caratterizzazione del potere di supremazia e di auto-organizzazione della pubblica amministrazione; mentre per un altro autorevole orientamento, la circolare non rappresenterebbe niente più che uno strumento conoscitivo utilizzato dall'amministrazione per comunicare con gli uffici dell'apparato[199].

Il contesto nel quale le circolari vengono adottate più abbondantemente è quello in cui l'amministrazione intende offrire chiarezza a norme complesse o poco comprensibili: la funzione interpretativa è, pertanto, quella privilegiata dalla pubblica amministrazione. Com'è noto, però, in base al contenuto della circolare, vanno presentate ulteriori classificazioni: in sede interpretativa può invero rinvenirsi che l'autorità amministrativa si spinga oltre, dettando regole di comportamento e, perciò, proponendo prescrizioni ulteriori: in tali casi, la circolare viene definita normativa, cui non può non disconoscersi la dignità di atto normativo sia pure interno[200].

Svolta questa specificazione, il potere di emanazione delle circolari amministrative si fa più chiaro dacché è pacifico che il fondamento vada individuato nella natura ordinamentale dell'apparato amministrativo. Questo è certamente valido per le circolari

[199] Per il primo orientamento si ricorda, F. CAMMEO, *A proposito di circolari e istruzioni*, cit., che li definiva «atti di un'autorità superiore che stabiliscono in via generale ed astratta regole di condotta di autorità inferiori nel disbrigo di affari di ufficio». In quest'ottica l'assunto di partenza era la non necessità di un'attribuzione specifica di potere in quanto, secondo alcuni, le circolari rappresentavano una esternazione del potere gerarchico; per altri, invece, erano espressione di qualsiasi rapporto di supremazia. Le circolari, pertanto, sono risultate per un certo tempo una problematica dei rapporti di gerarchia propria e impropria, o un fattore rilevanza per il buon andamento dell'amministrazione, cfr. A. DE VALLES, *Tendenze in giurisprudenziali in tema di circolari*, cit. p. 676; A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936 pp. 89 ss. Per il secondo orientamento, invece, Giannini nell'indagare l'origine dell'espressione circolare scova nel gergo militare la sua origine: si trattava di una modalità con cui gli ordini militari venivano diffusi tra gli ufficiali sotto-ordinati, per far, appunto, circolare il messaggio, sicché l'autore ritiene che l'istituto abbia mantenuto la sua iniziale natura di strumento di comunicazione, in qualità di modalità di esternazione della volontà di un organo amministrativo, cfr. M.S. GIANNINI, voce *Circolare*, in *Enc. dir.*, cit.

[200] A titolo di completezza si menzionano anche le circolari- notizia e le circolari di cortesia, non prese in considerazione nella presente indagine per la profonda distanza rispetto al *soft law*. Parimenti, nella classica categorizzazione, un'ulteriore distinzione va posta tra circolari intersoggettive e circolari interorganiche.

normative; mentre per le altre categorie di circolari il titolo di legittimazione va rinvenuto nei poteri di direzione, indirizzo e coordinamento dell'operato dei sottoposti[201].

Sebbene non in tutte le sue manifestazioni, in quanto ad effetti esistono delle affinità tra *soft law* e circolari; affinità che, tuttavia, si vanno ora a smentire poiché, comparato alle circolari, il *soft law* appare come qualcosa di più. Il comportamento uniforme cui intendono dar vita le circolari utilizza il vincolo di subordinazione gerarchica e attraverso il dovere di ubbidienza lega l'inferiore al superiore. All'opposto, la forza adesiva del *soft law* sembra affrancarsi dalla cedevolezza prodotta dal principio di gerarchia.

[201] Stiamo, infatti, parlando di atti che vengono in rilievo all'interno di determinate tipologie di rapporti organizzativi, di cui il rapporto di gerarchia rappresenta solo una possibile manifestazione. Si crea, perciò, un rapporto osmotico tra atto e contesto organizzativo di riferimento, sia questo tra organi o soggetti della P.A. o tra questi ultimi e altri soggetti privati. In proposito, di «gerarchia» si parla già nel Primo Trattato, in cui si precisa che «il principio della subordinazione gerarchica implica nel superiore la facoltà di impartire ordini e istruzioni agli inferiori per tutto ciò che riguarda lo svolgimento dell'azione amministrativa e di esigerne la pronta e fedele esecuzione in virtù dell'obbligo di obbedienza che incombe agli inferiori», L. M. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, p. 306. La gerarchia rappresenterebbe un momento di coordinamento organizzativo di uffici e organi della pubblica amministrazione non inerente esclusivamente all'organizzazione amministrativa ma parimenti collegato allo svolgimento dell'attività amministrativa: si presta a essere, perciò, non solo distribuzione di competenze, ma altresì esercizio della medesima competenza da parte di un insieme di uffici, cfr. L. ARCIDIACONO, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. Giur*., vol. XV, Roma, 1989, p. 2; MARCHI, voce *Gerarchia*, in *Nuov. Dig. It*., vol. VI, Torino, 1938, p. 232; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 123, in cui si legge: «la gerarchia comporta una distribuzione di lavoro, ma non una divisione di potere e, correlativamente, una loro coordinazione». Perciò, in un ordinamento in cui la tipica formula organizzativa è rappresentato dal rapporto gerarchico, «direzione» e «gerarchia» stanno in rapporto tra loro in quanto la prima è specificazione della seconda. Tale impostazione, tuttavia, viene da molti considerata oramai desueta, dacché, nell'attuale sistema organizzativo decentrato, la nuova articolazione dei rapporti amministrativi è rappresentata più compiutamente da una concezione della «direzione» come tipologia di rapporto strumentale al coordinamento, cfr. per primo A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, vol. I, Padova, 1931, p. 262. In quest'ottica, chi ha avvertito la necessità di andare oltre al modello della gerarchia, ha trovato nella «direttiva», il concetto per ridisegnare i rapporti organizzativi: «alla base di tale nuovo sviluppo concettuale si pone la nozione di direttiva, che contrapponendosi all'ordine – elemento tipico della gerarchia – vale a fondare un nuovo tipo di rapporto organizzativo entro il quale si pensa di contemperare l'esigenza di mantenere l'unità di indirizzo di figure organizzative complesse ed insieme di salvaguardare la posizione ed insieme di salvaguardare la posizione di sostanziale autonomia degli uffici agenti», G. MARONGIU, *voce Gerarchia amministrativa*, in *Enc. Dir*., vol. XVIII, Milano, 1969, § 4. L'autore, peraltro, per disancorare la nozione di direzione da quella della gerarchia sostiene che non si debba parlare di direzione in senso stretto, ma di attività direttiva, suggellando il legame tra direttiva ed esercizio di un potere di indirizzo, sul punto, G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria dell'organizzazione*, Milano, 1969, p. 181; cosicché il potere di direttiva avrebbe dunque come tratto caratteristico quello della prevalenza dell'indirizzo dell'ufficio dirigente su quello dell'ufficio diretto. La tesi per cui «disancorare la discussione dalla nozione di direzione per spostarla su quella d'indirizzo» non è condivisa da E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988, che opta, invece, per situare l'attività di indirizzo a un livello più alto dell'attività direttiva. Più diffusamente sugli altri tipi di rapporti organizzativi, si veda nota n. 122.

Parimenti, rispetto alla funzione interpretativa tradizionalmente ricondotta alle circolari, si può forse ammettere che il *soft law* oltrepassa la mera "decifrazione" dell'ordinamento giuridico così come è dato, intervenendo anche al di fuori di un quadro giuridico o regolamentare. Sebbene il *soft law* possa ben contenere al suo interno chiarimenti interpretativi e indicazioni attuative, l'atto *soft* presenta al suo interno anche contenuti performativi: l'invito o incentivo ad adottare certi comportamenti, o lo spostare l'azione in una certa direzione consente in verità di considerare condotte non vagliate dal diritto positivo. Ciò lo rende certamente distante dalle circolari interpretative e, in realtà anche dalle circolari normative, poiché il suo ambito operativo si presenta più ampio.

In aggiunta a quanto esposto, si consideri anche il profilo dei *destinatari* dell'atto, i cui effetti sono soltanto riflessi per i privati, ben essendo gli effetti giuridici dell'atto che detta criteri interpretativi rivolti solo all'amministrazione (leggi: funzionari).

In definitiva, alla luce degli indici presi in esame si può constatare, a prescindere dai punti di contatto che scompostamente le singole tipologie di circolari posso avere col *soft law*, si ritiene di optare per una non assimilabilità tra l'atto di *soft law* e la fonte terziaria raffigurata dalla circolare amministrativa.

3.1.2. *Soft law* e direttive.

Passando ora, invece, ad analizzare il modello della direttiva, è intuitivo come con il *soft law* presenti significative similitudini, essendo entrambi strumenti volti a dirigere la condotta altrui[202]. Infatti, nelle varie definizioni fornite dalla dottrina, il minimo comune

[202] Il modello della direttiva amministrativa è stato oggetto di analisi soprattutto nell'ambito degli studi sull'organizzazione amministrativa e nel diritto amministrativo dell'economia. La primissima teorizzazione della direttiva amministrativa si deve alla dottrina francese; Maurice Hauriou utilizzo tale termine per indicare una dichiarazione di intenti del Governatore della Banca di Francia in cui si precisavano i criteri per esercitare il proprio potere discrezionale, cfr. M. HAURIOU, note sous C.E., 17 juillet 1925 (*Associations Amicale du personnel de la Banque de Prance*), in *Recueil Sirey*, 1925, III, p. 33; ora in M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. II, Sirey, Paris, 1929, p. 90. Con riguardo all'ordinamento italiano, la direttiva amministrativa rinviene la sua matrice nel diritto costituzionale, nella figura della direttiva politica, e nella categoria specifica delle norme-direttive. La direttiva viene perciò vista come espressione della potestà di direzione che «non mira a sollecitare un dovere di obbedienza del subordinato, ma piuttosto a condizionare in concreto l'attività, senza per questo vincolarla assolutamente alle direttive segnate», A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, cit., p. 58. Per la direttiva come formalizzazione

denominatore nella fonte terziaria della direttiva consiste nell'essere «guida e orientamento del concreto provvedere [..]mezzo più pronto in termini di risposta alle esigenza del concreto adattamento dell'azione amministrativa, e dotato di minore vincolatività nei confronti dei destinatari»[203]. La direttiva quindi concede all'amministrazione quella necessaria elasticità operativa strumentale al raggiungimento dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrazione. Si noti come, sebbene non vi sia sempre una formale attribuzione ad emanare atti direttivi, si ritiene che il potere di adottare direttive sia insito all'esercizio delle generico potere di indirizzo e coordinamento[204].

Congiuntamente al valore adattativo, a far delle direttive un similare del *soft law* è parimenti la caratterizzante atipicità di contenuto e di modi con cui l'atto si esprime. In realtà, l'atipicità va per forza accompagnata da un ulteriore elemento, che sembra costituito dal lascito di un ambito di autonoma determinazione in capo ai destinatari[205]. Ne

---

dell'indirizzo politico, si veda V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939, p. 70.

[203] G. SCIULLO, *Tre variazioni in tema di direttiva amministrativa*, in *Jus*, 1990, p. 340. Similmente anche F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1984, p. 281, in cui si il tratto saliente consisterebbe «nell'indicazione pura e semplice di fini da perseguire e, talvolta, nell'indicazione parziale di mezzi per il loro conseguimento». Ancora, E. CATELANI, voce *Direttiva (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano, 2006, p. 1858, secondo cui la direttiva «costituisce un atto di indirizzo politico amministrativo», e come tale, quindi, non si porrebbe l'obbiettivo i prevaricare le scelte a disposizione del destinatario, ma a dirigerle in termini di indirizzo, e non di gerarchia. E' significativo rilevare che la dottrina ammette da tempo la possibilità che alle direttive possa riconoscersi il valore di fonte del diritto, sul punto M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, Bologna, 2005, p. 139 che oltre a ricondurre agli atti interni le circolari, le raccomandazioni, gli inviti, le comunicazioni e i messaggi, afferma che «quella che in passato potevano essere qualificate come norme interne acquistano rilevanza giuridica nell'ordinamento generale e gli atti che le pongono vanno annoverati tra le fonti del diritto in senso proprio». Concorde in tal senso è anche A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, cit., p. 110; E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, cit., p. 72.

[204] Cfr. E. LONGO, *La mutazione del potere di direttiva del Presidente del Consiglio nella prassi più recente*, in S. PAJNO; G. VERDE (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto*, Milano, 2009, p. 12; in tal senso anche V. SARCONE, *La direttiva amministrativa quale atto di conformazione dell'esercizio del potere pubblico*, Roma, 2012, p. 250 cui si rimanda per i tentativi classificatori. La funzione di guida della direttiva, perciò, è perfettamente coerente con il contesto dell'attività indirizzo e di coordinamento, in cui per «indirizzo» si ritiene, la capacità di specificare una regola generale di azione per quell'attività lasciata libera, mentre per «coordinamento» lo sforzo di realizzare un'attività armonica, equilibrata tra le diverse competenze degli organismi amministrativi, sicché rispetto alla «direzione», il coordinamento si svolge nei rapporti equiordinati. Si noti come la maggior parte della dottrina abbia preferito considerare gli atti di direttiva come all'espressione del potere di indirizzo e di coordinamento piuttosto che di un potere di direzione, in tal senso per primo V. BACHELET, voce *Coordinamento*, in *Enc. Dir*., vol. X, Milano, 1962; cfr. inoltre *supra* nota 119.

[205] Aderisce invero alla tesi dell'«atto prescrittivo non tipizzato che incide, senza escluderla, sulla sfera di determinazione autonoma dei destinatari», G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo. Profili generali*, Milano, 1993, pp. 143-9 che, all'atipicità del contenuto, accompagna altri elementi per

consegue che la direttiva ben potrebbe contenere adempimenti puntuali – e dunque non solo fissazione di fini, criteri, modi o mezzi – se è assicurato e garantito uno spazio di manovra per la sua attuazione.

Quanto, invece all'efficacia giuridica, com'è noto, a prescindere dalla tesi cui si voglia aderire, ovverosia quella della «efficacia condizionata» o «efficacia limitata», l'intensità del vincolo non presenta in ogni caso connotati assoluti[206].

Nondimeno, sebbene la loro effettività è sospesa al grado di apprezzamento delle amministrazioni destinatarie, la loro inosservanza non è priva di effetti giuridici, rilevando la loro violazione sotto il profilo dell'eccesso di potere come vizio della funzione, sicché la difformità dell'atto "a seguire" attiene alla violazione dei principi dell'organizzazione amministrativa: si ha, infatti, una trasformazione del potere di cui la direttiva costituisce esercizio, e tale trasformazione avviene trasgredendo alle regole che disciplinano il rapporto di cui la direttiva costituisce espressione[207].

Perciò, la direttiva, si è visto, postula la presenza di un potere discrezionale[208]: dal punto di vista del destinatario, rappresenta una restrizione all'esercizio del potere poiché, in quanto guida dell'altrui condotta, ne costituisce una limitazione della sfera giuridica; si può quindi sostenere che il vincolo preesiste alla direttiva. All'opposto si deve ricordare

---

connotare i tratti tipici della direttiva, quale la presenza di un «ambito di determinazione autonoma conservato ai destinatari», che sia adottata da un'autorità pubblica e che sia espressione della funzione materiale esecutiva.

[206] Il modello normativo "ottempera o giustifica" elaborato da Cammeo per le circolari nel 1912 ha influenzato anche il dibattito sulla norma giuridica che ha portato alla costruzione, da parte di Bobbio, del «precetto a obbligatorietà *condizionata*» caratteristico nella direttiva, N. BOBBIO, *Due variazioni in tema dell'imperativismo*, in *Riv. int. Fil. Dir*., 1960, p. 79. In forza di tale articolazione, si potrebbe disattendere la direttiva fornendo una motivazione adeguata; ciò poiché si ritine che il destinatario incontri il solo vincolo di tenere in considerazione la figura, potendo egli non soltanto attuarla in modi diversi, ma altresì disattenderla. La tesi dell'efficacia limitata, invece, ne restringerebbe il carattere vincolante, seppur non disconoscendo il ruolo riservato al destinatario che non vede eliso il suo spazio di esecuzione; tale tesi contesta alla precedente il rischio per l'ordine delle competenze o le attribuzioni normative. Infine, una tesi intermedia colloca la direttiva fra la raccomandazione non vincolante e l'ordine. Per la prima tesi, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 308; per la seconda posizione, G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria dell'organizzazione*, cit., spec. p. 198; per il terzo orientamento, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, p. 610.

[207] F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl*., I, 1950, pp. 21 ss

[208] Il profilo funzionale della direttiva si rapporta all'essere argine del modo di esercizio della discrezionalità amministrativa dei destinatari; la direttiva è in grado di incidere su qualsiasi elemento, dall' *an*, del *quando*, del *quomodo*, del *quid* del contenuto e del procedimento, sul punto G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo*, cit., pp. 174 ss. In tal senso anche F. MERUSI; M. CLARICH, voce *Direttiva*, in *Enc. Giur*., XI, 1989, p. 3 in cui «l'organo destinatario della direttiva mantiene integra la propria discrezionalità»; M. CLARICH, *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e soluzioni recenti*, in *Foro amm*., 1974.

che il *soft law* si sviluppa proprio in assenza di competenze chiaramente concesse, ed è quindi difficile rapportarsi con l'idea di "potere" quando il *soft law* è giustificato il più delle volte dalla sua assenza: la realtà è che il vincolo del *soft law* rinviene la sua fonte esclusivamente da se stesso.

In aggiunta, la direttiva postula l'esistenza di ulteriori atti, sia monte che a valle, mentre, al contrario, la relazione direttiva-provvedimento puntuale non si ravvisa nel *soft law* che possiede una sua autonomia e, pertanto, è sufficiente a se stesso: come detto, il *soft law* si scusa nella presenza di una regolamentazione inadeguata a casi di realtà, mentre la direttiva richiede di essere valutata in primis sul piano della logica giuridica. Infine, il *soft law* può essere istituito sia *contra legem* che *praeter legem*, mentre una direttiva, verosimilmente, si adotta *secudum legem*.

Molto più sottile è la distinzione con gli orientamenti (o linee guida e raccomandazioni) che, fissando punti specifici di azione, dettano canoni oggettivi di comportamento e specificano obbiettivamente i contorni di una responsabilità che potrà essere esclusa allorquando sia accertata la perfetta osservanza di quanto previsto in tali atti[209].

Tuttavia, il primo punto fermo che all'esito dei confronti appena svolti è agevole segnare consiste nel fatto che il *soft law* risulti un prodotto autonomo e non il frutto di un procedimento decisionale o una sua fase interna. Certamente, il *soft law* rappresenta spesso un punto di riferimento per decisioni future, ma invero non ha bisogno di esse per esistere; il fatto che ad esso possa non seguire alcuna reazione induce a ritenere che la sua funzione non sia relazionata al provvedimento puntuale. Perciò, nonostante il suo carattere non obbligatorio, il *soft law* vanta una sua autosufficienza. In virtù di tale autonomia, il *soft law*, come già si è avuto modo di notare, ha carattere spontaneo poiché frutto dell'iniziativa dell'autorità stessa che si auto-investe di una questione concernente la materia di sua competenza.

[209] G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2, p. 3; sul rapporto tra linee guida e leggi, cfr. V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016.

4. Riflessioni conclusive.

L'indagine compiuta ha dimostrato che un profilo di problematicità sempre accompagna e accompagnerà il *soft law* laddove venga studiato attraverso le categorie con cui si manifesta.

Esiste, invero, un rapporto delicato tra il *soft law* e gli atti con cui si mostra, dovuto principalmente alla staticità cui i secondi confinano il primo.

Come visto, esistono almeno due diversi angoli visuali per osservare il fenomeno del *soft law* nel diritto amministrativo in relazione agli effetti pratici che esso produce.

Da un canto, si può considerare il fenomeno "a valle", approccio tipico dei costituzionalisti, chiedendosi quale spazio gli strumenti di *soft law* occupino nella gerarchia delle fonti del diritto. Da un altro canto, invece, si può intendere il *soft law* come un modo attraverso cui vengono *praticati* i condizionamenti tra le Amministrazioni. In tal caso, il tema si sposta "a monte", allacciandosi agli studi sui rapporti organizzativi della pubblica amministrazione e abbracciando il profilo delle modalità di esercizio del potere discrezionale, cui le fonti terziarie si riconducono.

Tuttavia, dal momento che circoscrivere un concetto non basta a identificarlo, si ha già avuto modo di esprimere l'impressione per cui indagare il *soft law* nella sua accezione formale presenti alcune limitazioni poiché gli strumenti con cui si manifesta proliferano in maniera anarchica e privi di una concreta griglia di incastro.

In ragione di un tale insoddisfacente approccio, laddove si voglia intercettare la vitalità di cui il *soft law* gode appare perciò opportuno accogliere un'altra e ulteriore prospettiva, oserei direi di lunga distanza.

Ecco dunque che spostare l'attenzione dagli atti all'azione potrebbe apparire più propizio per la nostra indagine che, a questo punto, si vede costretta ad invertire la rotta sull'attività amministrativa; e poiché gli strumenti sopra trattati appartengono all'attività amministrativa *interna*, il nostro lavoro non potrà che proseguire su questa linea.

Schmidt Assman nel suo *Verwaltungsrechtliche Dogmatik* tratteggia i tratti peculiari del *soft law* nel diritto amministrativo definendolo «un campo di osservazione della teoria delle fonti al confine tra l'agire giuridico-formale e l'attività informale»[210].

[210] E. SCHMIDT-ASSMAN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tubinga, 2013, pp. 57-8.

L'ulteriore orizzonte di senso attraverso cui il *soft law* può essere osservato coinvolge perciò l'attività amministrativa interna, da tempo accostabile all'agire amministrativo informale[211].

Ne sarebbe così forse messa in risalto la specificità del *soft law* nel diritto amministrativo, che illumina il peso delle pratiche amministrative informali o delle azioni informali.

In linea con l'insegnamento della prospettiva ordinamentale *supra* descritta, volendo intendere il *soft law* come un *processo* di fuoriuscita dalle competenze amministrative, per intercettarne la forma concreta occorre «sondare l'atipico, l'informale, e, dunque, il "vuoto"; o, ancor meglio, cosa e come l'atipico e l'informale vanno a riempiere»[212].

Con il presente lavoro si intende, perciò, provare ad ampliare la prospettiva per sostenere la funzione direzionale del *soft law*, da intendersi però come strumento adoperato *tatticamente* dall'amministrazione per colmare un vuoto normativo. In altri termini, il sistema amministrativo è *fisiologicamente* – e non *patologicamente* - incompleto, aspetto che inevitabilmente grava su un'amministrazione talvolta bloccata da strumenti inadeguati. Così dicendo si intende peraltro schivare qualsiasi fraintendimento su un possibile rischio di cadere nel pericolo innanzi evidenziato, ovverosia procedere a una mera sostituzione nominalistica di atti ampiamenti studiati. Questo perché il *soft law*, si ripete, è un fenomeno *generale* che si afferma attraverso forme singolari, e perciò, anche e soprattutto attraverso atti *sui generis*.

In proposito, potrebbe essere un'occasione di apertura e di ritorno all'Amministrazione stessa nel suo ruolo di critico della normazione[213].

In via approssimativa, la particolarità del *soft law* nel diritto amministrativo sembrerebbe risiedere nello spazio che intercorre tra la difficilmente criticabile assimilazione del *soft law* alla categoria degli fonti terziarie e l'eventuale carica enfatica

[211] Cfr. Cap. IV, § 4.
[212] Si rimanda a Cap. III, §
[213] Si veda la riflessione limitata al compito della dottrina di diritto amministrativo di M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di Diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 760 «le ordinanze indicano alla scienza del diritto amministrativo che il contributo più valido che essa può dare alla forza del principio di legalità è quello di ritornare a essere, com'era stata nel Settecento, una critica della legislazione, capace di assumere pienamente il problema dell'effettività all'interno della considerazione giuridica». In senso analogo si veda anche M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 2018, fasc. 4, p.113.

della sua natura preparatoria a un qualcosa che non c'è: sembra che una sorta di principio di necessità porti a riconoscere all'amministrazione un potere di integrazione che prende veste anche e soprattutto col *soft law*, ma il modo è aspetto che si indagherà nel prossimo Capitolo.

CAPITOLO IV

LA FUNZIONE DIREZIONALE DEL *SOFT LAW* ATTRAVERSO LA PROSPETTIVA DELL'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA INTERNA

Sommario: 1. *Soft law* e attività amministrativa interna: i punti di contatto attraverso la prospettiva ordinamentale. - 2. La prospettiva storica come canale di inquadramento dell'attività amministrativa interna. - 2.1. Un *focus*: Il principio funzionalistico come strumento di rilettura dell'attività interna. - 3. Alla ricerca del fondamento: il pensiero di Vittorio Ottaviano. - 4. L'Attività informale e la riscoperta del ruolo di prima linea dell'amministrazione nei confronti della società - 5. L'azione informale come momento di adeguamento alla realtà e la prassi amministrativa *praeter legem* come angolo visuale per cogliere l'informalità. - 5.1. Il nuovo fondamento della doverosità della prassi alla luce dell'art. 97 della Costituzione. - 5.2. Prassi *praeter legem* e assenza di una disposizione normativa: l'importanza del sistema normativo generale per individuare il fine complessivo dell'agire amministrativo. - 5.3. Prassi operativa e prassi interpretativa come modi per realizzare l'integrazione normativa. - 6. *Soft law* e agire amministrativo informale: applicazione a casi concreti. - 6.1. *Segue*. Il caso della localizzazione degli impianti eolici. - 6.1.1. In particolare: il potere conformativo di cui all'art. 152 del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 e la prassi elaborata dall'Amministrazione MIBAC. - 6.1.2. La forzatura del dato positivo attraverso il concetto di «paesaggio». - 6.2. La prassi dell'amministrazione finanziaria a integrazione dell'elemento partecipativo nel procedimento di accertamento tributario di cui all'art. 12, comma 7 della L. n. 212 del 2000.

1. *Soft law* e attività amministrativa interna: i punti di contatto attraverso la prospettiva ordinamentale.

Attività amministrativa interna e *soft law* presentano certamente alcuni punti di contatto il cui tratto più robusto riposa chiaramente nell'essere, l'attività interna al pari del *soft law*, creativa di uno spazio difficilmente sindacabile dalla giurisprudenza in quanto produttiva di effetti giuridici non propriamente intesi.

Come si è evidenziato nel precedente Capitolo, la scelta di aderire alla prospettiva ordinamentale permette di liberarsi da una concezione statica del *soft law* al fine di intenderlo come un fenomeno vero e proprio: si è visto che il *soft law* trascende le molteplici espressioni attraverso cui si manifesta (gli atti) per incarnare la forma concreta

di un processo che porta all'alterazione delle competenze formali. L'attività interna soddisfa perciò, contrariamente alle norme interne, quell'idea di dinamismo che le seconde non posseggono, e consente pertanto di accogliere altri percorsi di indagine.

In proposito, va precisato che le definizioni sull'attività interna fornite dalla dottrina sono state molteplici, tuttavia, come detto, il particolare carattere degli effetti prodotti risulta indissolubilmente legato al limitato ambito operativo cui l'attività interna è stata confinata. In questo senso, Giannini l'ha indicata come quell'«attività che gli uffici delle amministrazioni pubbliche svolgono nei reciproci rapporti interni, che non è sempre rilevante fuori dell'apparato in cui si svolge; essa è volta a curare sia interessi pubblici, sia interessi organizzativi, sia anche interessi privati delle stesse amministrazioni»[1]. Casetta, parimenti, parla di un'attività «priva di rilevanza al di fuori dell'amministrazione in cui si svolge»[2]. Infine, Scoca afferma che l'idea di una attività amministrativa interna è «accoglibile solo se si ipotizzi l'esistenza di un ordinamento giuridico proprio dell'amministrazione pubblica»[3].

In questa ottica, la distinzione tra ordinamento generale e ordinamenti particolare è di grande utilità per riconoscere l'autonomia dell'attività interna rispetto all'attività esterna della pubblica amministrazione Analogamente, tale distinzione offre l'opportunità di fornire un fondamento alle norme e agli atti interni[4].

Intuitivamente, lo studio sull'attività interna non può essere pienamente compreso se non in relazione alle "altre" norme e alle "altre" attività, e dunque ipotizzando due ordinamenti, di cui uno è quello in cui la norma viene prodotta e un altro è un ordinamento di riferimento[5].

Come è già stato anticipato, la problematica dell'attività amministrativa interna viene affrontata nell'ambito teorico della pluralità degli ordinamenti giuridici elaborata da Santi Romano, tanto che tutti i lavori monografici degli studiosi che hanno affrontato il tema ingabbiano l'argomento sotto la luce della nozione di «ordinamento particolare»[6].

---

[1] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, p. 443
[2] E. CASETTA, *Attività amministrativa*, in *D. Disc. Pubbl.*, I, Torino Utet, 1987, p. 525
[3] F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, p. 79.
[4] E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950, p. 60.
[5] F. BASSI, *La norma interna; lineamenti di una teorica*, Milano, 1963.
[6] G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1980, p. 7. Più precisamente, dal concetto di «ordinamento giuridico come Istituzione può darsi che talune di esse siano fra

Al riguardo si noti, come, nelle ultime pagine dell'*Ordinamento giuridico* Santi Romano elabori il concetto di «Ordinamenti giuridici interni» all'Ordinamento statale[7].

Più precisamente, una volta stabilito che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto, è organizzazione, il Romano deduce «che ci sono tanti ordinamenti giuridici quante Istituzioni»[8].

Sicché, alludere a che un ordinamento giuridico non sia composto semplicemente da norme e regole, ma principalmente da una organizzazione complessa, con i suoi meccanismi e le reciproche influenze, significa ammettere che questi suoi ingranaggi possano produrre e modificare le norme giuridiche senza con esse identificarsi.

Ancora, a proposito dei possibili *condizionamenti* tra Istituzioni (leggi: organizzazioni, e dunque ordinamenti), l'analisi dei *contatti* tra queste costituisce un ulteriore profilo di

---

loro collegate, mentre rimangono distinti, sotto altri punti di vista, in modo che i loro ordinamenti costituiscano invece parti di un più ampio ordinamento», cfr. S. ROMANO, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 106.

[7] L'impostazione della teoria pluralista non si ferma all'apporto del Romano, ma viene ripresa e sviluppata da due autorevoli studiosi, quali Widar Cesarini Sforza nella sua opera "*Il diritto dei privati*" e Massimo Severo Giannini, nel suo saggio sulla *Pluralità degli ordinamenti giuridici* presentato al Congresso internazionale di sociologia a Roma nel 1950. Al primo autore si deve l'elaborazione della distinzione tra il diritto privato e il diritto dei privati, in cui il primo, promanando dallo Stato ha come finalità quella di regolare i rapporti tra i consociati; mentre il secondo postula l'esistenza di fonti di produzione altre rispetto a quelle statali, pur avendo parimenti come obbiettivo quello di regolare i rapporti tra le persone. Questa contrapposizione non svilisce certamente la posizione di preminenza dell'ordinamento statale rispetto agli ordinamenti minori che si sviluppano all'interno del suo ambito territoriale, dal momento che «l'unità del diritto sotto il concetto dello Stato si riferisce unicamente al predominio che questo ha nell'applicazione delle norme, mentre la molteplicità degli ordinamenti si basa sulla *spontaneità* creatrice della coscienza giuridica». E' successivamente a Giannini che si deve la individuazione degli elementi caratterizzanti gli ordinamenti "minori": questi, sono da rinvenirsi nella normazione, nella plurisoggettività e nella organizzazione. In presenza di questi tre elementi un fenomeno sociale può qualificarsi come ordinamento giuridico, pertanto è necessario che, anzitutto: i) sussista un insieme di persone unite dall'osservanza di un corpo comune di norme da intendere come vincolanti; ii) che tale corpo di persone fosse dotato di mezzi e poteri per limitare la libertà individuale in funzione di un comune interesse; iii) e che il gruppo di norme ritenuto vincolante dal gruppo fosse ordinato secondo uno schema gerarchico. Su questo aspetto si veda M.S. GIANNINI, *Introduzione al diritto costituzionale: lezioni svolte nell'anno accademico 1983-84*, Roma, 1984, pp. 32-33: «l'analisi della situazione del tempo portò Santi Romano a formulare le tesi che ogni gruppo organizzato, ogni comunità, avrebbe detto Tönnies, è potenziale produttore di diritto [..]I gruppi organizzati, le comunità, se da produttori potenziali di diritto divengono produttori effettivi, danno vita ad un ordinamento giuridico. Sono le vicende storiche che rendono determinabile un ordinamento giuridico, ma se vi è un gruppo, cioè, detto in termini giuridici, se vi è una pluralità di soggetti, la quale si dà un'organizzazione stabile, e questa, secondo regole prestabilite, emana norme per regolare i rapporti tra i componenti il gruppo, vi è un ordinamento giuridico. Una comunità, per definizione, ha un'organizzazione, e se produce norme proprie è ordinamento: le tre componenti dell'ordinamento - plurisoggettività, organizzazione, formazione - sono inseparabili», cfr. sul punto anche M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Tr. Dir. pubbl*., 1958, pp. 219 e ss.

[8] Si noti come peraltro questo assunto fosse palesemente acquisito durante il Medioevo, in cui la comunità viveva organizzata in maniera frantumata, cfr. Cap. I, § 2.

svolgimento che porta il Romano a elaborare una serie di classificazioni (non esaustive) tra le Istituzioni stesse: Istituzioni generali e Istituzioni settoriali; Istituzioni derivate e Istituzioni originarie; Istituzioni semplici e Istituzioni complesse creano un labirinto di interconnessioni inserite come una matriosca nell'Istituzione generale, lo Stato, di modo che, accanto all'ordinamento generale, se ne pongono altrettanti, minori e ad esso subordinati.

Queste distinzioni si delineano principalmente in relazioni alle finalità, alle auto-legittimazione, alla superiorità e alla presupposizione di un ordinamento su un altro.E proprio per questi termini, il pluralismo amministrativo ben si presta a descrivere lo sviluppo dello Stato amministrativo nel momento in cui proliferano le svariate amministrazioni che si fanno portavoce delle pluralità di funzioni sociali ed economiche attribuite all'amministrazione diretta dello Stato.

Il pregio di questo apporto è senza dubbio quello di aver fornito, sul piano della teoria generale, una spiegazione unitaria dell'attività che si svolge all'interno degli apparati amministrativi e delle organizzazioni stesse: lo Stato amministrativo viene inteso come «Istituzione di Istituzioni», come insieme cioè di apparati integranti la sua struttura o di ordinamenti a esso collegati o subordinati[9].

Sebbene tali ordinamenti possano costituire una suddivisione interna, ciò non sminuisce il rapporto di subordinazione rispetto all'ordinamento generale: è tale subordinazione degli ordinamenti minori rispetto a quello generale a ergersi a fondamento delle norme interne[10].

La facoltà di dettare norme interne dirette a regolare il comportamento di coloro che fanno parte dell'organizzazione viene ricondotta nella teoria del rapporto di «supremazia speciale»[11]. Ne consegue che, laddove si voglia individuare la base concettuale che ha

[9] S. ROMANO, *Scritti Minori*, vol. II, pp. 448-449.
[10] Cfr. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, 1989, p. 88: «Il salto qualitativo verso la chiara attribuzione di natura giuridica alle norme interne (poste dall'ordinamento interno) è reso possibile, infatti, dalla stessa nozione centrale della teoria che si esprime nell'uguaglianza istituzione-ordinamento giuridico»
[11] La più completa elaborazione del potere di supremazia speciale si deve a S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. Ital*., 1909, IV, p. 238; ma anche S. ROMANO, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere*, in *Archivio giuridico*, 1905, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, I, pp. 213 ss.; ID., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1906, pp. 68 ss. Per una ricostruzione delle teorie di Jellinek, Otto Mayer, Ranelletti e Romano che hanno contribuito a fare emergere il fondamento della potestà normativa interna si vedano G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. di dir. pubbl*., 1915,

consentito di portare entro l'ambito fenomenologico giuridico l'attività interna e disegnare l'ambito teorico entro cui si sviluppò la costruzione giuridica dell'istituto non si può non aderire al concetto di poteri di «supremazia speciale».

Se, da un canto, tale concetto è valso a spiegare i rapporti tra Stato e cittadini sul piano generale secondo una logica spiccatamente autoritativa, da un altro canto, lo stesso è stato rielaborato e riadattato nella sua accezione di supremazia speciale per spiegare i fenomeni interni[12]. I due, si noti, si distinguono per fondamento e portata applicativa, dal momento che i destinatari delle norme interne non sono altro che i soggetti passivi di chi si trovi in uno status particolare di soggezione[13].

A cosa si deve il successo di questa costruzione giuridica? La teoria dei poteri di supremazia speciale «teorizzava perfettamente il modello organizzativo piramidale gerarchico degli apparati amministrativi dipendenti dal ministro [..] descriveva puntualmente i rapporti di organizzazione gerarchica che caratterizzavano l'amministrazione italiana, le forme di direzione e controllo dell'attività di organi ed enti

---

II, pp. 321 ss.; F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965, pp. 137 ss.; OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale – il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina*, Torino, 1953.

[12] Sulla distinzione tra potere di supremazia speciale e sovranità, cfr. G. SALEMI, *Le circolari amministrative. Studi giuridici*, Palermo, 1913, pp. 9-10: «la sovranità deve tenersi separata dalla supremazia speciale, la qual cosa non riesce alle volte facile a causa dei numerosi elementi affini o comuni fra i due poteri. Infatti, la supremazia speciale appartiene ad un soggetto che al contempo gode di una sovranità originaria o derivata ed è esercitata per mezzo di organi che dell'imperio possono anche essere privi».

[13] La storia del concetto del potere di supremazia speciale si è svolta tutta attorno alla necessita di spiegare uno specifico fatto: l'emissione di comandi autoritari vincolanti in grado di incidere sulla sfera giuridica e sugli interessi di un altro soggetto da parte di un soggetto diverso dal sovrano. A rigor di analisi il potere direttivo e il potere disciplinare hanno un punto in comune: «erano fondati su una forza di comando diversa dall'atto di imperio. La dottrina, posta di fronte alla constatazione dell'effettività, in determinate strutture collettive ed organizzative, di questi particolari atti d'imperio, si trova a lungo in bilico sulla questione se si debba attribuire o meno natura giuridica alle proposizioni prescrittive di comportamento in cui quelle si esprimono [..] e poiché, entro un certo quadro dogmatico, non c'è manifestazione autoritativa che non sia riconducibile al potere sovrano, e poiché, non si ritiene che certe manifestazioni autoritativa siano inscrivibili nel potere sovrano, ecco allora la ricerca di un diritto, di un rapporto speciale, che giustifichi l'esercizi della supremazia; il rapporto di servizio, il rapporto di signoria, i diritti di domicilio servono, appunto, a fondare la possibilità di emettere comandi altrettanto vincolanti come quelli sovrani, ma senza che quella forza suprema posa essere invocata a legittimare questi poteri che, appunto, per ciò, si definiscono «speciali» (in contrapposizione a quelli «generali»), cfr. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, cit., p. 77.

subordinati da parte del soggetto sopraordinato, la natura delle regole non giuridiche che esso dettava agli organi ed enti a lui sottoposti»[14].

Svolte queste premesse sufficienti a inquadrare il contesto culturale che ha portato all'attenzione della dottrina l'attività interna, si ritiene necessario ancora una ulteriore specificazione.

Sebbene non sia possibile approfondire l'argomento in questa sede, è doveroso specificare come l'attività interna si innesti nell'antico tema del rapporto tra pubblica amministrazione e potere politico governativo[15]. Ciononostante, la considerazione scientifica degli studi sull'attività amministrativa interna è stata «inversamente proporzionale al ruolo storico da essa svolto»[16].

Più precisamente, l'attività interna costituisce il punto di raccordo tra l'indirizzo politico e l'attività amministrativa esterna[17], lo snodo attraverso cui la politica si converte in attività amministrativa esterna, ovverosia in atti, provvedimenti, contratti, convenzioni, regolamenti.

In altre parole, l'attività amministrativa interna interviene «in entrata e in uscita rispetto agli atti giuridici (normativi o non) prescrittivi di fini, rispetto, cioè, alla loro formazione o alla loro attuazione»[18]. Ovverosia, interviene sia nel momento in cui preliminarmente gli atti debbono essere adottati, in virtù della non esaustività delle procedure date dal diritto; sia nel momento applicativo per colmare gli spazi decisionali insiti in ogni fase di attuazione[19].

---

[14] G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 3, 2011, p. 733.

[15] La lettura sull'argomento è sterminata, senza pretesa di esaustività, cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *St. Urb.*, 1939, pp. 54 ss.; T. MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 134 ss; ID, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957.

[16] G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. 727, secondo cui «le tematiche dell'attività amministrativa interna e delle norme interne costituiscono [..] una ricchissima fonte di conoscenza non solo della storia dell'amministrazione e del diritto amministrativo, ma anche della storia delle forme di Stato e di governo e più in generale della storia sociale del Paese».

[17] E' stato messo in risalto come l'attività amministrativa interna sia «attività assolutamente libera», dal momento che «non sono posti a formalità alcuna», cfr. G.B. VERBARI, *L'attività amministrativa (interna) nello Stato liberale*, in *N. Rass*., 1970, p. 1346. Sulla inapplicabilità del principio di nominatività all'attività interna anche E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., pp. 28 ss.

[18] M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 258.

[19] «Il concetto di indirizzo politico mette dunque in luce l'esistenza, in ogni organizzazione politica, di una attività, determinatrice dei fini che essa persegue (sia quelli ultimi e fondamentali, sia contingenti e parziali), non riconducibile alle singole attività produttrici degli atti (normativi e non) attraverso i quali in quella

Se ne deduce che, il ruolo storico dell'attività amministrativa interna è stato quello in primis di «rafforzare la dipendenza funzionale dell'amministrazione alla politica»[20] secondo una chiara linea che rendeva l'amministrazione doppiamente dipendente e dal legislatore e dal potere politico[21].

Questo legame tra norma interna e potere politico non è di secondaria importanza nel momento in cui si possono far seguire due ordini di considerazioni.

La prima è che l'attività interna e le norme interne sembrano mostrare uno spazio in cui l'amministrazione faccia a meno della legge; la seconda è che, se questa "politicità" dell'attività e della norma interna è vera, allora vuol dire che quest'ultime saranno manovrate dalla stessa dinamicità di cui necessita il governo, che per definizione guarda al futuro[22].

2. La prospettiva storica come canale di inquadramento dell'attività amministrativa interna.

L'indagine dell'origine storica degli studi sull'attività amministrativa interna ha rivelato, al pari di quelle sulle norme interne, il proprio substrato teorico-culturale nella teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano.

---

organizzazione sono assunte le deliberazioni giuridicamente vincolanti», cfr. M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., p. 258.

[20] G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, *cit*., p. 733.

[21] Si veda sul punto G. BERTI, *Il pensiero di Mortati e l'amministrazione*, in M. GALIZIA-P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, p. 393.

[22] Sull'aspetto dinamico delle fonti terziarie e sulla necessità di cambiare il modo di studiare le Istituzioni dal punto di visto storico si pronuncia anche G. MELIS, *La storiografia dell'amministrazione dopo Ruffilli: un bilanco*, in *Scienza e politica*, 2009, n. 40, p. 107-108: «occorreva ormai passare dalla descrizione delle istituzioni in stato di inerzia alla ricostruzione del loro funzionamento dinamico, nel contesto dialettico con la società. In quel passaggio, nella zona d'ombra tra la decisione politica e l'attuazione amministrativa, gli apparati svolgevano [..] sorta di metabolismo, filtravano e a loro modo modificavano l'input, sino a produrre un output spesso distante dal punto di partenza. Ed era quel metabolismo che, appunto, bisognava studiare». Questo perché, non ci si poteva più limitare «alla storia legislativa ma cercare la storia vera, concreta, effettiva dell'istituzione. Studiarne dunque anche la cultura (o le culture), i linguaggi specialistici, la routine e gli automatismi burocratici. Studiare i dirigenti (cominciando dai direttori generali, spesso più determinanti dei ministri) ma anche i travet. Studiare i momenti alti della storia amministrativa ma anche (o forse soprattutto) la sua quotidianità, fatta di ripetizioni, automatismi, pigrizie mentali anche».

Al contempo, i tentativi di costruzione dogmatica dell'attività amministrativa interna sono tracciati, per il periodo successivo alla Costituzione, da Giannini nel *Diritto Amministrativo* del 1970.

In proposito, un primo profilo significativo è rappresentato dalla constatazione che il «problema dell'attività interna» necessiti anzitutto di essere «storicizzato»[23]: Giannini rileva che prima del mutamento costituzionale l'attività interna fosse un «ambito riservato, giuridicamente non rilevante, corrispondente a quell'ambito non rilevante in cui ogni operatore giuridico privato dispone, in ordine ai motivi profondi delle proprie scelte e dei propri interessi»[24]. In quanto tale, rappresentava un profilo non conoscibile dal giudice né da altra autorità.

Con l'allargamento dello Stato a «tutti i gruppi di potere», invece, la «rilevanza politica dell'ambito interno delle amministrazioni» è andata fatalmente aumentando[25]. L'attività interna, intesa come attività riservata, è inesorabilmente scomparsa non soltanto in virtù di interventi legislativi che «vennero ad intaccare l'ambito riservato dell'attività interna», ma soprattutto grazie alla giurisprudenza amministrativa che dovette reagire ampliando la figura dell'eccesso di potere contro le circolari per sindacare le disposizioni interne *contra legem*[26].

L'ipotesi di studio suggerita da Giannini fu formulata perciò sulla base di una concezione dell'attività interna non qualitativamente diversa dalle altre attività

[23] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I., p. 790. Per il periodo precedente la Costituzione, Cianferotti, tuttavia, individua due momenti significativi in cui la tematica dell'attività interna viene a essere indirettamente sollecitata: «nella storia del ventennio la vicenda dell'attività amministrativa interna e del rapporto tra politica e amministrazione, tra costituzione e amministrazione, può essere inclusa tra due momenti di riflessione dottrinale ed insieme da essi narrata, seppure in estrema sintesi e in una ardita ellissi: la prolusione pisana di Guido Zanobini del 1924 su *L'attività amministrativa e la legge* e la discussione della seconda metà degli anni Trenta, che oppose Costantino Mortati e Massimo Severo Giannini sul potere discrezionale». Più esattamente, secondo l'autore, Mortati e Giannini, rifiutando il principio di legalità formale proposto da Zanobini, per rivendicare l'autonomia dell'amministrazione e l'idea di un'attività amministrativa quale cura di interessi pubblici assunti come fini dello Stato, hanno implicitamente presupposto e richiesto «tutto il lavorio di conoscenze, ricerca, selezione e valutazione degli interessi svolto dall'attività interna, che istruisce, prepara e consente l'esercizio del potere discrezionale», G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. 737.
[24] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 790.
[25] *Ibidem*.
[26] *Ibidem*.

dell'amministrazione; a detta dell'autore tale attività si distingueva dalle altre solo per il suo precedere la formalizzazione in atti e in azioni[27].

Indicandola in questi termini, Giannini intendeva peraltro prendere le distanze dalla precedente opera monografica di Silvestri, unico studio sistematico sul tema[28]. Più esattamente, l'autore, nel delineare i lineamenti dogmatici della attività interna, non ha disconosciuto la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, ciò nondimeno ha tentato di elaborare la sistematica dell'attività interna attraverso un'analisi a contrario del paradigma dell'attività esterna[29]. Questa impostazione, tuttavia, non regge alle obiezioni di Giannini che critica il profilo che intende considerare l'attività interna come assegnataria di materie proprie, di cui invero sarebbe sprovvista.

Più specificatamente, la tesi propugnata dall'autore àncora la funzione dell'attività interna al buon funzionamento dell'istituzione, cosicché «l'attività interna ha la sua giustificazione nel poter di autoorganizzazione interno»: «la necessità cioè di porre l'ente in grado di svolgere nel modo migliore la propria attività esterna»[30]. Silvestri varia il paradigma dell'attività interna rispetto a quella esterna attraverso il profilo funzionale: la caratteristica distintiva più importante risulterebbe quindi nel fatto che l'attività esterna della pubblica amministrazione ha per scopo il raggiungimento e la realizzazione degli interessi pubblici, mentre l'attività interna ha come scopo soltanto il miglior funzionamento dell'ente.

Su una diversa linea si collocano invece gli studi di Barone che, in poche ma non meno significative pagine, ha il merito di aver prestato attenzione a "un'attività interna senza atti", quale l'attività istruttoria e quella svolta all'interno dei collegi[31]. Lo studio non si addentra in un tentativo di sistematizzazione, tuttavia, conferma la piena adesione al fondamento dogmatico degli ordinamenti sezionali.

Per completezza, ai fini di una ricostruzione sintetica degli studi dedicati all'attività amministrativa interna, occorre dar conto della tesi minoritaria affermata da Verbari intorno agli anni Settanta, il quale nega autonomia all'attività interna poiché «l'attività è

[27] *Ivi*, p. 792.
[28] E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950.
[29] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, vol. I, 1988, p. 992.
[30] E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., p. 27.
[31] G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1980.

una ed una soltanto»[32]. In proposito il concetto di attività interna non ha ragione di esistere per via «di un nesso inscindibile tra i due momenti (attività interna-esterna) dell'essere amministrazione». Secondo l'autore, lo studio andrebbe perciò improntato diversamente, ovverosia «su una dialettica tra attività e non attività, tra fatti giuridici [..] e meri comportamenti».

2.1. Un *focus*: Il principio funzionalistico come *strumento* di rilettura dell'attività interna.

In chiusura, all'interno del dibattito relativo a un inquadramento dell'attività interna, è significativo segnalare un'interessante ipotesi di studio suggerita da Cianferotti che risente dei condizionamenti storici di cui l'autore si fa portavoce. In proposito, Cianferotti fa dipendere i fallimenti dei tentativi di ricostruzione dogmatica dell'attività interna dalla lettura statica della teoria romaniana fornita dai precedenti studiosi: la dottrina, invero, resta cieca di fronte al mutamento di prospettiva teorica declinata dagli studi sull'organizzazione amministrativa compiuti intorno agli anni Cinquanta, tutti incentrati ad indagare il nesso tra organizzazione ed attività amministrativa[33].

L'autore, richiamando e le *Lezioni*[34] perugine di Giannini e il suo noto saggio *In principio sono le funzioni*[35], ricorda come «l'organizzazione prevalga sull'attività amministrativa», poiché questa rappresenta la cura degli interessi pubblici distribuiti tra i diversi uffici[36]: il nuovo concetto di amministrazione che fa leva sul nesso tra organizzazione-attività e procedimento è in grado di rivitalizzare, a detta dell'autore, l'attività interna che, nell'ottica del principio funzionalista, primeggia su quella esterna,

[32] G.B. VERBARI, *L'attività amministrativa (interna) nello Stato liberale*, in *N. Rass.*, 1970, p. 1346; ID, *L' attività amministrativa (interna). Parte generale*, Roma, 1971.
[33] G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. 767.
[34] M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, vol. I, p.80.
[35] M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, 1957, n. 1, p. 11, ora in *Scritti*, Milano, 2004, vol. IV, p. 721.
[36] G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. 766.

perché gli atti più importanti sono quelli che «operano dentro l'amministrazione per indirizzarne l'attività»[37].

Malgrado ciò, la dottrina si è a lungo assestata su una soluzione radicalmente diversa: se, da un lato, si assume in premessa che la rilevanza dell'atto esterno si assottiglia tanto più si interiorizza l'attività esterna, dall'altro, il risultato complessivo è che questa consapevolezza non sembra aver influito sulla costruzione dogmatica dell'attività interna.

La svista appare tanto più irrazionale quando si ribadisce il presupposto degli studi dogmatici sull'attività interna: la teoria romaniana, invero, accoglie proprio un ordine concettuale basato «sull'identità tra diritto ed organizzazione»[38]. Tuttavia i tentativi sistematici degli studiosi hanno colto «solo i profili strutturali delle organizzazioni, non scorgono la coeva nuova riflessione sulla dinamica [..] (e) restano in una prospettiva esclusivamente strutturare, statica, della organizzazione. Non pensano alla funzione come categoria di raccordo tra organizzazione e attività»[39].

Così definita la possibile influenza del principio funzionalistico nell'ottica di una lettura in senso dinamico dell'attività interna, si intende far partire un ulteriore ordine di considerazioni volte ad indagare il fondamento del *soft law* proprio a partire dal summenzionato concetto di identità tra «diritto ed organizzazione».

3. Alla ricerca del fondamento: il pensiero di Vittorio Ottaviano.

La soluzione dell'equivalenza del binomio «diritto ed organizzazione» muove dall'intuizione per cui, nel chiedersi quale sia la prima manifestazione del diritto, Santi Romano individua nell'Istituzione la sua origine[40].

[37] G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. 767, nota 247 in cui riprende G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 56.
[38] *Ibidem*.
[39] G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, cit., p. : «nei libri dedicati in quegli anni all'attività amministrativa interna è proprio l'assenza dell'ottica monistica della funzione, la mancata uscita dal pelago dei dualismo soggettivistici alla riva della funzione, che spiega il fallito approdo degli studiosi dell'attività interna ad una nuova lettura funzionalistica, dinamica, del concetto di organizzazione giuridica formulato da Romano».
[40] Si ricordi che la tesi elaborata dal Romano tenta di fornire risposta alla sempre aperta questione di quale sia il rapporto tra il diritto e l'organizzazione; ovverosia, se sia la norma a fondare l'organizzazione, o,

Sulla scia del brocardo «*Ubi societas, ibi ius*», il fenomeno giuridico viene identificato dal Romano con il corpo sociale, ovverosia con l'esistenza di un corpo sociale organizzato: secondo l'autore, la prima posizione del diritto è, pertanto, l'organizzazione, la struttura, la posizione della stessa società[41].

La giuridicità sarebbe perciò insita nel corpo sociale e non nella norma, sua manifestazione secondaria; con la diretta conseguenza che il fenomeno giuridico risulterebbe distaccato dalla vita della norma, che può essere modificata o abrogata dalle forze preesistenti ad essa[42].

---

viceversa, se sia l'organizzazione a produrre il diritto. Si è visto, nel Cap. II, che l'ordinamento come «complesso di Istituzioni» si contrappone all'ordinamento come insieme di «norme valide», quale accezione della teoria normativistica che individua la norma come elemento originario della esperienza giuridica. La debolezza della tesi normativistica è stata ampiamente scandagliata da numerosi studiosi che nel ritenere la natura presupposta della validità della norma fondamentale e non il frutto di una libera determinazione consideravano la tesi indimostrata, cfr. A. G. CONTE, voce *Ordinamento Giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 45 «l'ordinamento giuridico è un problema in questo senso: una norma è valida se ripete la validità da una norma ulteriore ad essa superiore e, ultimamente, dalla norma fondamentale. E la norma fondamentale? Onde ripete validità? Essa, per *definitionem*, è suprema; dunque, non ripete validità da altra norma che le sia superiore. Dunque essa è invalidata. Ma, se è invalida essa non convalida alcuna altra norma; dunque, ogni altra norma è invalida (ché ogni altra norma ripete la propria validità dalla validità della norma fondamentale) e invalido è lo stesso ordinamento. E' questo il senso in cui l'ordinamento giuridico è problema [..] L'aporia della validità della norma fondamentale [..] non si può risolvere secondo i criteri alla cui stregua si valuta la validità delle altre orme. Che la norma fondamentale (e, per essa, l'ordinamento) sia valida, on è, né può essere, tesi della scienza giuridica, ma mera indimostrata ipotesi». Più diffusamente, senza pretesa di esaustività, cfr. R. GUASTINI, voce *Ordinamento Giuridico*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1975; F. MODUGNO, voce *Positivismo giuridico*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, p. 450. Ma si veda anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto del diritto italiano*, il Mulino, 1993, p. 4 «è infatti ben noto che le norme giuridiche non si presentano mai dissociate od isolate, in quanto non è concepibile – e non esiste secondo esperienza – alcuna norma vigente che non faccia parte di un sistema normativo e che proprio in tal senso non ritrovi, assieme alle altre norme con essa coordinate, la ragione della propria giuridicità. Che il diritto si risolva in un coerente sistema di norme giuridiche positive è stato costantemente sostenuto dal normativistica per eccellenza, cioè Hans Kelsen; ed è appunto a quella stregua che Kelsen ragionava del diritto stesso come di un ordinamento giuridico, sia pur concepito quale 'ordinamento normativo'».

[41] S. ROMANO, *op., cit.*, p. 44. Più precisamente, «ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto». Per un approfondimento sulle teorie istituzionalistiche che hanno ispirato l'elaborazione del Romano, in primis le riflessioni di Maurice Hauriou nel suo *Principes de Droit Public*, Paris, Sirey, 1910, si veda V. FROSINI, *Santi Romano e l'interpretazione giuridica della realtà sociale*, in *Riv. intern. Fil. Dir.*, 1989, pp. 706 ss.; W. CESARINI SFORZA, voce *Ordinamenti giuridici (pluralità degli)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965, p. 1, in cui si legge che, ammettendosi che non vi sia altro diritto che quello creato o realizzato dallo Stato con manifestazioni della sua volontà, bisogna escludere che sia giuridico un ordinamento il quale non sia posto in essere da questa volontà statale. Se, invece, si ammette che il diritto abbia origine da esigenze o forze, di carattere individuale o sociale, indipendenti dall'esistenza dello Stato, allora 'giuridicità' di un ordinamento non coincide necessariamente con la sua statualità (immediata e medita), e più ordinamenti giuridici diventano concepibili accanto a quello statale e perfino in contraddizione con esso».

[42] Ne viene esaltato così l'aspetto dinamico dell'ordinamento che, in una tensione di perenne movimento «si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto muove, quasi come pedine di uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un

Presupporre che il momento normativo è subordinato e strumentale all'Istituzione, mette in mostra due distinti momenti: un primo, in cui l'organizzazione sociale e la sua struttura si pone; un secondo, normativo, in cui si instaurano i rapporti sociali che, proprio perché si "svolgono" nella sua orbita, sono considerati giuridici[43].

Nel dare veste giuridica al corpo sociale, il Romano individua "nell'organizzazione" il suo tratto saliente. Ciò si conferma soprattutto ragionando *a contrario* e riconoscendo alle forze meramente individuali o disorganizzate la completa irrilevanza giuridica.

Nel sviluppare il suo ragionamento, Romano identifica la presenza di una organizzazione ogniqualvolta si venga a creare una volontà unica nella quale si fondono tutte le altre volontà dei singoli Stati.

E' la presenza di una volontà unica a essere la spia dell'esistenza di una organizzazione. Perciò, elementi quali la condizione di eguaglianza o la reciproca indipendenza dei singoli Stati non sono altro che un carattere della loro organizzazione o, più precisamente, un effetto di essa[44].

---

elemento della sua struttura. Sotto certi punti di vista, si può anzi ben dire che ai tratti essenziali dell'ordinamento giuridico le norme conferiscono quasi per *riflesso*: esse, almeno alcune, possono anche variare senza che quei tratti si mutino e, molto spesso, la sostituzione di certe norme con altre è piuttosto l'effetto anziché la causa di una modificazione sostanziale dell'ordinamento», così S. ROMANO, *op. cit*., p. 16. Sulla dinamicità del rapporto tra società e organizzazione, peraltro, si pronuncia anche Nigro «non è posta o presupposta una volta per tutte, ma è un processo, anzi una serie di processi che ne ritessono continuamente la trame o le trame», cfr, M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro.it*, 1987, p. 1990. Spostando l'attenzione dalla norma a colui che la pone, ovverosia il corpo sociale, si comprende come «il processo di obiettivazione, che dà luogo al fenomeno giuridico, non inizi con l'emanazione di una regola, ma in un momento anteriore: le norme non sono che una manifestazione, una delle sue varie manifestazioni, un mezzo con cui si fa valere il potere di quell'io sociale di cui si parla». Ancor meglio, «il diritto non è o non è soltanto la norma che così si pone, ma l'entità stessa che pone tale norma». I tratti elaborati dal Romano per individuare e riconoscere una Istituzione sono di cinque ordini: i) ogni «ente o corpo sociale»; ii) che abbia un'esistenza obbiettiva e concreta»; iii) che sia «manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo»; iv) che sia «un ente chiuso, che può venire in considerazione in sé e per sé, perché ha una propria individualità»; v) che sia «un'unità ferma e permanente che cioè non perda la sua identità con il mutare dei singoli suoi elementi», S. ROMANO, *Ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, pp. 35 ss.

[43] In tal senso anche F. MODUGNO, voce *Norma (Teoria generale)*, in *Enc. Dir*., XXVIII, Milano,1978, p. 341, per il quale «il momento normativo non è […] subordinato a quel primo momento non normativo, ma fattuale, a quell'ordine esistenziale e non deontologico dal quale discendono e al quale si connettono i precetti (sia norme o disposizioni particolari) variamente raggruppati o sistemati».

[44] S. ROMANO, *op.cit*., p. 55. Più precisamente, «quanto si ritiene che l'accordo normativo, fonte di quel diritto, produce una volontà che non è più quella dei singoli Stati, ma una *volontà unica*, in cui queste si fondono, e che è ad esse superiore; quando si dice che così il diritto internazionale viene ad acquistare il carattere di un *ius supra partes*, o più accentuatamente, che esso si risolve in comandi o imperativi rivolti agli Stati; *tutto ciò postula un'organizzazione*, sia pure semplice, della comunità interstatuale. Questa non avrà organi propri, nel medesimo senso di quegli enti che hanno personalità, non si fonderà su una posizione di subordinazione e di indipendenza di alcuni Stati verso altri, ma implicherà una posizione di soggezione di

In sintesi, il merito della teoria romaniana è quella di aver fornito un risalto alle forze di fondo che creano il diritto.

Ma quali tipi di forze? E come si forma una volontà unica?

L'interrogativo su quali tipi di forze creino una volontà unica tale per cui una Istituzione riesca a garantire la sua vigenza viene affrontato da Vittorio Ottaviano nel 1958 nel suo saggio sulla nozione di *Ordinamento amministrativo*[45].

Nel chiedersi quale sia il fondamento di una possibile autonomia dell'ordinamento amministrativo, l'autore si pone come obbiettivo quello di ampliare il concetto di ordinamento amministrativo per ricomprendervi l'intera organizzazione dell'Amministrazione.

A tal proposito, Ottaviano contesta le posizioni della dottrina che, asserendo alla diversa natura delle fonti sulla organizzazione, rifuggono dal considerare l'organizzazione interna come parte della restante organizzazione statale[46]. Più esattamente, la natura dicotomica delle norme di organizzazione è tematica risalente e di incerta definizione, dacché l'organizzazione amministrativa può essere costituita sia da norme proveniente dall'ordinamento generale, sia dall'amministrazione stessa, ovverosia dai suoi organi nell'espletamento dei propri poteri di auto-organizzazione e con l'obbiettivo di completare quanto già posto dalla legge.

Nel porsi tale quesito, a Ottaviano preme però anzitutto chiarire due distinti ordini di problemi: da un canto, lo studio è volto a indagare il rapporto tra società e ordinamento -

---

tutti gli Stati che sono suoi membri, verso un potere non soggettivo, impersonale, che è quello stesso che permette e determina l'esistenza della comunità. E noi non attribuiamo altro senso all'espressione "organizzazione" quando l'assumiamo per rendere il concetto di istituzione».

[45] V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 833 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1992, p. 91 ss. Si vedano sul punto gli illuminanti parallelismi di M. RAMAJOLI, *Soft law e Ordinamento giuridico*, cit., p. 2, che per prima individua le problematiche che il *soft law* solleva proponendo due possibili profili di studio sulla scia del pensiero di Ottaviano: il primo «attiene ai meccanismi attraverso cui se ne garantisce l'osservanza, essendo il suo tratto caratterizzante la mancanza di coercibilità in senso tradizionale; il secondo è relativo al suo rapporto con la legge, o, meglio, con l'*hard law*, ossia con il diritto legislativo, anche in questo caso facendo emergere una questione di legittimazione democratica, nonché di rispetto del principio di legalità».

[46] V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, cit., p. 827: «questa spiegazione tuttavia non è soddisfacente [..] se per istituzione intendiamo un complesso di mezzi umani e materiali disposti in modo da servire a certi fini – nel caso dell'Amministrazione, per raggiungere gli scopi propri di questa – dovrà dire ce da parte dell'istituzione amministrativa, e quindi anche dell'ordinamento a cui questa dà luogo, quella costituita a mezzo di atti interni». L'autore si riferisce in particolare alla dottrina che fa discendere la distinzione tra attività interna e attività esterna alla presupposta contrapposizione tra organizzazione interna e organizzazione esterna, cfr. E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., pp. 3 ss.

e, pertanto, stabilire quale sia la volontà che conta a livello ordinamentale, ovverosia se, a ritenere certi comportamenti doverosi, debbano essere i soggetti attivi (il nucleo attivo che detiene il potere) di un'organizzazione o, al contrario, la generalità dei soggetti. Da un altro canto, Ottaviano approfondisce come un ordinamento tende ad assicurare la propria vigenza, e dunque come i soggetti identificati con il primo quesito operino e influenzino con la loro azione l'ordinamento proprio.

Sicché, nell'indagare il «se» e il «come» un' organizzazione si affranchi dall'ordinamento generale divenendo, così, ordinamento autonomo, Ottaviano esplora più ampiamente quale sia il fondamento di ogni ordinamento.

Secondo l'autore, per far sì che un ordinamento si formi, occorre una «forza che renda effettivi i precetti che lo costituiscono» e tale forza va riportata «alla volontà di coloro che agiscono proponendosi di attuarne i precetti».

Si noti, però, come la volontà da prendere in considerazione non sia quella dei soggetti che ricoprono una posizione passiva rispetto all'ordinamento stesso, bensì quella di coloro che «normativamente agiscono per esso». Con la conseguenza che alcune norme diventano «vigenti perché volute dall'amministrazione quali suoi elementi costitutivi». Pertanto, coloro che con la loro attività e volontà rendono effettivo l'ordinamento saranno gli organi che costituiscono la parte attiva dello stesso.

Criterio per distinguere soggetti attivi e soggetti passivi è, peraltro, la loro inclusione o meno nell'organizzazione vera e propria[47].

In conclusione, si ricava che il nucleo attivo di una organizzazione non è rappresentato dalla generalità dei soggetti, bensì da coloro che detengono il potere[48].

Per meglio comprendere il significato di quanto sopra esposto potrebbe essere utile svolgere un parallelismo tra ordinamento statale e ordinamento amministrativo: a livello

[47] In proposito si ricorda la distinzione tra «organizzazione in senso stretto» e l'organizzazione a cui le norme danno luogo, con il quale si intendono l'insieme delle norme con cui si regolano i comportamenti dei soggetti estranei all'organizzazione, cfr. sul punto anche M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, cit.

[48] Una tale convinzione si pone in contrasto con quanto sostenuto da Gueli e Mortati, secondo cui a rilevare sia, in realtà, la convinzione diffusa nel corpo sociale, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952, p. 3: «L'ordinamento sorge sulla base di una convinzione collettiva, dal confluire di un'opinione media sula modo d'essere dei rapporti che interessano il gruppo» per costituire un «assetto capace di enucleare una volontà sociale quanto più possibile oggettivata». Ciononostante, si deve riconoscere come il criterio della convenzione collettiva rischi di essere fuorviante nella misura in cui molto spesso alcuni istituti restino vigenti sebbene la collettività stessa li reputi superati.

statale, gli organi che contribuiscono a rendere effettivo l'ordinamento nazionale sono quello legislativo e quello giurisdizionale. Gli organi amministrativi, al contrario, hanno come obbiettivo il conseguire i propri fini: l'osservanza delle norme che li riguardano ha valenza strumentale, in quanto mezzo per conseguire ciò che è stato all'organo assegnato. Per questo motivo, si può sostenere che tali organi non agiscono per garantire l'osservanza delle disposizioni, ma per soddisfare certi bisogni[49].

Tale ragionamento, inoltre, non si porrebbe in contrasto con il principio di legalità proprio perché «l'organizzazione amministrativa, pur essendo conformata dal potere legislativo, una volta costituita, *opera al fine di concretamente soddisfare i bisogni per cui viene creata*. *Legge della sua azione diviene, così, il raggiungimento di tali fini*, mentre le norme dettate dal legislatore che la riguardano vengono osservate, o come limiti imposti dall'esterno, ovvero in quanto determina la sua struttura di organismo creato per adempiere a quei compiti».

Affinché l'amministrazione attui spontaneamente una norma, non è sufficiente che questa sia posta dall'ordinamento generale, bensì che «la norma dettata dal legislatore diventi, appunto elemento dell'organizzazione amministrativa»[50]: cosicché l'amministrazione applica le norme perché poste (volute) dall'Amministrazione-Istituzione.

4. L'Attività informale e la riscoperta del ruolo di prima linea dell'amministrazione nei confronti della società.

Un ulteriore – e forse più suggestivo - spunto di riflessione sull'attività interna è rappresentato dal suo tradizionalmente accostamento al non-formale[51].

[49] V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, cit., p. 831.
[50] V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, cit., p. 834.
[51] G. PUTTER, *Lo Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl*.,1992, fasc.1, p. cfr. F. OSSENBUHL, *Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits – und Umweltschtz*, in *Jahrbuch des Umwelt – und Technikrechts*, 1987, pp. 29 ss.; H.P. BULL – V. MEHDE, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, 7 ed., Heidelberg, 2005, p. 78, citati da M. PROTTO, *L'amministrazione informale,* in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012.

I primi contributi circa l'inquadramento dell'attività informale vanno riconosciuti alla dottrina tedesca che, tuttavia, non è univoca sul punto. Sebbene esista una forte connotazione relazionale nel concetto di amministrazione informale concentrato principalmente nella correlatività tra il rapporto dell'amministrazione e quello dei privati, l'attività informale è stata riferita a volte ai comportamenti dell'amministrazione che non sono riconducibili a modelli tipici dell'azione amministrativa. Altre volte, invece, è stata impiegata per sintetizzare in modo onnicomprensivo l'attività che non sia altrimenti riconducibile a categorie conosciute, quali quella dell'atto normativo, del provvedimento o dell'accordo pubblico. Altre volte ancora, saltuariamente, per indicare comportamenti non ancora regolati. Si tratta pertanto di una definizione che prende in considerazione i contatti coi privati che non necessariamente siano destinati a concludersi in una decisione formale. Putter, ad esempio, individua alcune manifestazioni dell'attività informale nella tutela dell'ambiente e nelle pratiche degli uffici statali sotto forma di informazioni, raccomandazioni e consigli, nonché di lodi o di critiche.

Più precisamente, «il fenomeno dell'informale non riguarda aspetti specifici all'interno di determinati settori giuridici, bensì una figura generale nell'ambito statale che sono di volta in volta in determinati contesti sale alla ribalta dell'attenzione dei giuristi e allora viene percepito come nuovo, benché processi, comunicazioni e prese di contatto informali siano sempre esistiti e l'adempimento dei compiti dello Stato appaia difficilmente concepibile senza lo strumento dell'informale»[52].

Quanto alla scienza italiana, invece, nel descrivere la presenza di forme di agire amministrativo "non classiche", Badura le sintetizza in «tutte quelle limitazioni giuridiche introdotte in via di fatto attraverso attività amministrative non previste o regolate attraverso atti amministrativi»[53]. Di diverso avviso è, invece, Ledda che, nella critica al saggio di Badura, evidenzia un impiego improprio del termine «agire informale». Secondo l'Autore sarebbe, infatti, un «termine generico che sta a indicare non tanto l'assenza della forma, quanto la mancanza di quel modo di manifestazione che può dirsi "essenziale" proprio in quanto, come dicevano i latini, *forma dat esse rei* o, come ci dice una non facile

[52] G. PUTTER, *Lo Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl*.,1992, fasc.1,
[53] P. BADURA, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. Pubbl*., 1992, fasc.1, p. 35.

proposizione del grande Wittgenstein, non è nient'altro che la stessa "possibilità della struttura"»[54].

Minimo comune denominatore dell'attività informale della pubblica amministrazione sembra comunque essere la presenza di una parte di attività non produttiva di effetti giuridici veri e propri, in cui si viene a creare uno spazio dove i mezzi informali non risultano giudicabili dalla giurisprudenza.

I mezzi informali, dunque, proprio per questa loro ragion d'essere non emergono nella soglia del giuridico-formale[55] e, per diretta conseguenza, si deve allora ammettere che esistano condizionamenti su cui l'azione giurisdizionale non ha alcun margine di intervento.

Al di là di questa mera osservazione, la prospettiva offerta dal binomio formale-non formale può, tuttavia, fornire dei criteri di indagine e di conoscenza che il solo sguardo sul diritto formale non consentirebbe.

A ben vedere, dell'agire amministrativo informale si è proposta una valutazione positiva e una negativa.

Quella negativa si ricollega per lo più ai pericoli di uno svuotamento dello Stato di diritto: ancorare l'azione amministrativa al vincolo del potere statale significa garantire l'imparzialità di un'amministrazione cosicché si assicuri che il cittadino venga trattato esclusivamente secondo la legge a prescindere dalla sua posizione sociale, dalle sue relazioni o dalle sue condizioni personali.

Il diritto formale pertanto attua la parità di trattamento promuovendo la regolarità dell'attività statale evitando favoritismi, illecite influenze o discriminazioni. Sicché, in tal modo inteso, dunque, l'agire amministrativo informale rischia di risultare un rischio per il diritto formale affiancando a quest'ultimo un insieme di eccezioni[56].

---

[54] F. LEDDA, *Elogio della forma scritta da un anticonformista*, in *Foro Amm.*, 2000, fasc.9-10, p. 3443.

[55] G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl*. 1992, fasc. 1, p. 1.

[56] Badura nell'ancorare l'elogio della forma allo Stato di diritto esprime che «dal principio di legalità dell'amministrazione discendono per l'attività dell'amministrazione determinate forme giuridiche[..] Le forme giuridiche dell'azione amministrativa sono garanzie implicite dello Stato di diritto [...] la dottrina dell'atto amministrativo è diventata di conseguenza il punto cardine del diritto amministrativo [..]Ecco quel che perfeziona l'immagine dello Stato di diritto, la grande idea di un'amministrazione in forme giustiziabili». Al contrario, Berti, privilegiando la valorizzazione della sostanza a scapito della forma, evidenzia come «lo Stato di diritto si salva non ripristinando le antiche immagini formali, ma distribuendo sostanza e forma in modo che, rispettati i principi costituzionali, la forma non sia altro che la veste di una razionalità acquisita attraverso l'azione e il confronto reale degli interessi», cfr, G. BERTI, *Stato di diritto informale,* cit., p. 6.

A una tale accezione si deve, però, accostarne necessariamente un'altra. Putter, in accordo con Berti, mette in evidenza il tratto *pioneristico* dell'informale, in modo che, attraverso le sue eccezioni, possa costituire un metodo per promuovere l'*evoluzione* di un particolare profilo giuridico[57].

In questo intreccio tra formale e informale «se il processo della soluzione migliore ha risolto un problema e i risultati di questo sperimentare informale sono confluiti in una nuova legge allora subentra nuovamente il primato del formale e l'agire informale acquista di nuovo il sapore dell'illusione o dell'indebolimento della legge, *anche se nel di lei interesse*»[58].

L'autore tedesco, nel chiedersi, quindi, se tra attività informale e formale ci sia un rapporto di complementarietà, influenza o tensione, illumina l'aspetto del *giudizio* e della *critica* alla legislazione esistente.

Da un lato, l'attività informale in contrasto con la legge appare sì contraria alla volontà popolare e dunque alla democrazia, con la conseguenza che si debba necessariamente propendere per scoraggiarne qualsiasi diffusione pratica. Dall'altro, però, laddove esista una legge manchevole, l'alleanza tra cittadini e pubblica amministrazione può invero servirsi delle prassi e dell'informale per recuperare la distanza[59].

Emergono pertanto due profili di interesse dai saggi di Berti e Puttner.

Il primo consiste nell'aver evidenziato come nessuna delle attività svolte dall'amministrazione si regga esclusivamente sulle semplici relazioni formali: esiste, infatti, una linfa nascosta, una dose di informalità su cui l'amministrazione poggia la propria organizzazione.

Il secondo riguarda la forza creativa e migliorativa dell'informalità, da intendersi come bacino per «l'inizio di altri processi di formalizzazione».

---

[57] Per questo motivo, fuoriuscendo dall'orbita del formale e cercando di vedere la sostanza dei fenomeni, si noterà che «è l'amministrazione a guidare di fatto la mente e la mano del legislatore, il quale ubbidisce allora agli impulsi dell'amministrazione, quasi ne venisse strumento o apparato servente», G. BERTI, *Stato di diritto informale, cit.*, p. 5.

[58] G. PUTTER, *Lo Stato di diritto informale, cit.*, p. 37.

[59] «I tribunali indipendenti proteggono il cittadino nel senso della giustizia non solo contro le infrazioni alla legge da parte dell'esecutivo, ma anche contro un legislatore su base democratica. [..] Naturalmente questa lotta potrebbe essere condotta anche tramite una cooperazione informale tra amministrazione e cittadini che corregga la legge formale o renda comprensibile il suo vero obbiettivo. Allora però l'agire informale e la tutela giurisdizionale diventano alleati che si integrano reciprocamente e combattono entrambi per la giustizia e il diritto contro l'insistenza formale sulla legge scritta».

Per quest'ultimo profilo, in particolare, si noti come Berti reputi l'attenzione all'informalità un indispensabile strumento per riscoprire l'indipendenza degli apparati amministrativi dall'unitaria organizzazione statale.

Più precisamente, a detta dell'autore, il *fil rouge* che lega lo Stato di diritto formale, il monopolio organizzativo dello Stato e la conseguente impossibilità di altri soggetti economici sociali o politici di soddisfare i bisogni della collettività altro non è che il dominio del legislatore positivo e dunque l'assolutizzazione del potere statale.

L'organizzazione unitaria postula, in sostanza, che qualsiasi bisogno collettivo venga soddisfatto da soggetti e attività tipizzate, e che qualsiasi altra organizzazione esterna allo Stato possa sopravvivere solo nella misura in cui instauri rapporti formali con essa.

Nella realtà, però, questo monopolio si è spezzato con l'esperienza costituzionale che ha in essa condensato tutti i conflitti inconciliabili del rapporto Stato-società facendo convivere al suo interno una serie di contraddizioni irrisolvibili, che spetterà l'interprete di volta in volta bilanciare.

Per quanto di nostro interesse, la Carta Costituzionale, infatti, ha riconosciuto «e il pluralismo sociale e l'unità organizzazione pubblica [..] sia unità organizzativa dello Stato che le autonomie territoriali». Di modo che «rotta la forma corrispondente all'unità organizzativa dello Sato […] si pongono in luce allora tante forme giuridiche tra loro differenti ma destinate a comporsi alla stregue di un linguaggio giuridico sempre più essenziale»[60].

Si trae pertanto la conclusione che i singoli uffici amministrativi possono ricercare da sé la «propria legittimità nel perseguire utilità o effetti per la società»[61], cosicché «se noi ci convinciamo che l'amministrazione pubblica deve soddisfare anzitutto i diritti sociali ed esprimere l'obbligazione generale alla realizzazione delle aspirazioni collettive, potremmo raggiungere facilmente la conclusione che l'amministrazione si legittima nella società, trovano già in questa la ragione fondamentale della propria esistenza e della propria funzionalità»[62]. La "ricerca della propria legittimità" non deve intendersi come forzatura

[60] G. PUTTER, *Lo Stato di diritto informale*, *cit*., p. 37.
[61] G. BERTI, *Stato di diritto informale*, *cit*., p. 21.
[62] G. BERTI, *Stato di diritto informale*, *cit*., p. 28. Per un recupero del ruolo dell'amministrazione si vedano anche le riflessioni di S. CASSESE; L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, il Mulino, 2014, p. 15 ss., in cui gli Autori, dialogando sui metodi di insegnamento del diritto amministrativo, sottolineano una scarsa considerazione della amministrazione come avamposto sulla società: «il primo grande applicatore

del principio di legalità, bensì come riconoscimento di uno spazio di manovra che permetta all'amministrazione un incessante adeguamento della propria azione alla realtà.

5. L'azione informale come momento di adeguamento alla realtà e la prassi amministrativa *praeter legem* come un possibile angolo visuale per cogliere l'informalità.

Arrivati a questo punto viene naturale chiedersi quale sia il miglior modo per cogliere a pieno l'informalità.

Ecco allora che la prassi amministrativa può nascondere tra le sue maglie una tendenza completiva dell'ordinamento amministrativo laddove la si voglia osservare attraverso la sua accezione di prassi *praeter legem*.

Prima di tracciare l'aspetto che in questo paragrafo interessa far emergere, occorre tuttavia inquadrare brevemente l'istituto al fine di far affiorare da dove la prassi tragga la sua doverosità.

La doverosità, si osservi, è l'elemento che più ha permesso alla dottrina di distanziare le specifiche della prassi dalla consuetudine[63]. A riguardo, gli autori che si sono occupati dell'istituto ne hanno sempre osservato i tratti in rapporto alla consuetudine, che di fatto

---

di diritto è il potere esecutivo, l'amministrazione. E, poi, va considerata anche la società, che è a sua volta un applicatore-creatore di diritto [..] Si dimentica la "potenza legiferatrice della burocrazia". Si tralasciano le circolari, le prassi, le interpretazioni amministrative, l'uso dei tempi fatto dagli apparati. Valgono più le *paper rules* che le *real rules*, il diritto cartaceo del diritto vivente, ciò che l'amministrazione dovrebbe fare di quel che l'amministrazione realmente fa. Non si dimentichi quel che Berthélemy osservava nel 1906: l'amministrazione "*fait marcher le gouvernement, fait chanter le legislateur*"». Peraltro Berti aveva già sottolineato come una serie di fenomeni ponessero in evidenza che «l'amministrazione non è tanto un'appendice del potere politico e della legislazione, quanto un complesso di fenomeni in buona parte autoregolati, che sono radicati, attraverso la libertà personale, nella società in modo che si direbbe immediato, in quanto non necessariamente mediato dal legislatore», cfr. G. BERTI, *Il casuale nell'amministrazione pubblica*, G. MARONGIU; G.C. DE MARTINI (a cura di), in *Democrazia e Amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, 1992, p. 131.

[63] Invero, Carullo, ha individuato altri tratti che possono aiutare l'interprete a distinguere i due istituti: i) la presenza di un riconoscimento normativo: la consuetudine è richiamata all'art. 11 delle preleggi del codice civile, mentre la prassi non ha alcuna norma di riconoscimento ii) ambito di applicazione soggettivo: la consuetudine si forma in relazione a una generalità di soggetti; mentre la prassi ben può essere circoscritta a un singolo ufficio o ente; iii) diversa matrice della doverosità: la consuetudine è fonte del diritto, mentre la prassi è espressione del principio di economicità ed efficienza dell'agire, cfr. A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, Padova, 1979, pp. 63 ss.

rappresenta una fonte del diritto e, come tale, trae la sua doverosità proprio da questo aspetto[64].

Com'è noto, la prassi è delineata attraverso alcuni tratti ricorrenti: l'uniformità dei comportamenti tenuti dall'amministrazione, da intendersi come insieme di organi e uffici, che ha nel coinvolgimento del cittadino solo una eventualità; e una ripetitività di comportamenti che assicura una certa costanza e regolarità. La prassi, dunque, si accosta alla consuetudine sotto il profilo della *diuturnitas*, ma se ne differenzia per l'assenza dell'*opinio iuris sive necessitatis*.

Come evidenzia Benvenuti, per essere ben affrontata, la prassi deve essere vista attraverso una triplice lente: quella della dottrina, quella della giurisprudenza e quella dell'amministrazione[65].

Più precisamente, per quanto concerne la dottrina, volendo sintetizzare le basi di studio approfonditi dalla dottrina, si può forse segnalare: i) la sua naturale assimilzione al merito; ii) il suo inquadramento nella accezione di interpretazione obiettivizzata; iii) l'affermazione di una certa doverosità , seppur negli elementi specificanti di un obbligo già posto.

Al pari dell'attività amministrativa interna, la prassi ha ottenuto un'attenzione non proporzionata alla rilevanza che questa occupa nell'apparato amministrativo.

---

[64] Della prassi parla efficacemente A. AMORTH, *Efficacia esterna delle circolari amministrative*, in *Riv. it. dir. fin*., 1941, II, p. 138: «la prassi resta nascosta agli occhi dell'interprete solo finché quest'ultimo si limiti ad elaborare, *in vitro*, metadati giuridici, a esprimere opinioni su altrui opinioni all'interno di un circolo sostanzialmente autoreferenziale; si mostra invece, come una delle fonti più preziose alle quali attingere qualora l'interprete ricerchi il contatto diretto con la materia prima di ogni indagine sugli istituti dogmatici, ricordando che la lenta edificazione degli stessi procede sempre dalle radici della società». Su questa scia per primo, V. E. ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900, p. 1051: «la conoscenza e solo studio delle istruzioni, note e circolari potrebbe essere proficuo, e qualche volta necessario per una buona cultura di diritto amministrativo, e, soprattutto, per i pratici». In senso critico, invece, sulla rilevanza della prassi è O. RANELLETTI, *La consuetudine come fonte di diritto pubblico interno*, in *Rass. dir. pubbl*., 1913, I, p. 46. Ne hanno trattato, poi, con riferimento all'attività interna anche F. BASSI, *La norma interna.*, *op. cit*.; sul fatto che la prassi possa essere vista come norma interna, F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, p. 192. Per un approfondimento della prassi in rapporto all'organizzazione, cfr. PIANESI, *La prassi nell'organizzazione amministrativa*, in *Amm. Civ*., 1960, p. 19 ss. Con riferimento, invece, ai primissimi studi sulla prassi, che tuttavia non si sono potuti consultare, L. MAJORANO, *Appunti per una teoria della prassi amministrativa*, Bari, 1975 e, più in generale, V. FALZONE, *La prassi nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, vol. II.

[65] Sul punto si veda L. BENVENUTI, *Prassi e consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2009, fasc. 2, p. 241.

Volendone ricordarne brevemente le ragioni, la prima deve ricondursi al totale disinteresse del comportamento dell'amministrazione nell'assetto amministrativo post-unitario.

L'attività dell'amministrazione non formalizzata soccombeva, infatti, innanzi al principio della sacralizzazione del provvedimento amministrativo e, parimenti, la visione del fenomeno amministrativo era in buon misura manchevole di quei fatti sostanziali e dei rapporti tra le autorità che erano determinanti nella formazione della volontà di imperio dell'amministrazione[66].

D'altronde, la prassi si fa espressione di un «momento di autonomia» che può ben prescindere dalla sussistenza di un complesso amministrativo organizzato gerarchicamente. Difatti, il fenomeno della prassi ha nella sua natura la prerogativa di obiettivizzare comportamenti anche autoimposti. E' ben vero che, la stessa, non perde vigore in assenza di un comando formalizzato, ma, anzi, laddove non esista un comando che sia espressione di un superiore, la prassi ben può ergersi a disciplina dell'esercizio della funzione.

Va detto, però, che questo assunto rappresenta un punto di arrivo. Difatti, la primissima dottrina che si è occupata del tema, equiparando la prassi alla circolare, ne considerava imprescindibile l'approvazione dell'autorità gerarchicamente superiore poiché ne riteneva l'osservanza come un adempimento dei doveri e delle mansioni affidate a un funzionario[67].

A rigor di logica, si comprende dunque come, in un sistem concepito come verticistico ed accentratore, la leva dell'autonomia del soggetto agente abbia determinato la trascurabilità scientifica della prassi.

---

[66] A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, cit., p. 20. Sulla imposizione delle prassi da parte dei vertici come strumento per esprimere e concretizzare una certa struttura dell'amministrazione e sopire spinte centrifughe da parte delle amministrazioni periferiche si veda F. COLAO; L. LACCHE'; C. STORTI; C. VALSECCHI, *Introduzione. Il "governo per circolari": amministrazione e costituzione tra Otto e Novecento*, in *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento,* (a cura di) F. COLAO; L. LACCHE'; C. STORTI; C. VALSECCHI, Macerata, 2011, p. 41 ss.

[67] A. LEFEBVRE, *L'inosservanza della prassi amministrativa come vizio di eccesso di potere,* in *Foro amm*., 1931, I, p. 102 ss. Parimenti Bassi riconduce la forza della prassi all'esistenza di una struttura gerarchizzata, in cui «l'inferiore è portato a seguire in modo speso supino il contegno posto in essere dai soggetti sopraordinati, anche in considerazione delle responsabilità disciplinari in cui si può incorrere per l'ipotesi di disapplicazione della regola», cfr. F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 526.

5.1. Il nuovo fondamento della doverosità della prassi alla luce dell'art. 97 della Costituzione.

La chiave di volta per impostare in maniera diversa l'accezione della prassi e superarne la sua valenza negativa è offerta dalla Costituzione che, a una visione statica dell'amministrazione, ne contrappone una diversa, «basata su una società a base pluralista che riconosce e garantisce momenti di autonomia e che non si vuole confondere con l'apparato organizzativo dello Stato»[68].

Dei pochi autori che si sono occupati dell'istituto, Carullo è quello che più diffusamente ha cercato di fornirne una ricostruzione come istituto giuridico. In particolare, lo sforzo compiuto dall'autore è stato quello di rimeditarne il ruolo proprio alla luce dei principi della Carta Costituzionale: nel ricercare una ragione giustificativa della giuridicità e della doverosità della prassi, Carullo trova nell'art. 97 il nuovo punto di riferimento. Tale fondamento è, di conseguenza, il perimetro entro cui Carullo sviluppa la sua analisi, comportando una ricostruzione della prassi alla luce del principio di efficienza ed economicità.

In questa prospettiva, la prassi acquisisce forza, e diventa doverosa, grazie al sistema costituzionale stesso, in virtù dei nuovi principi. Ne varia così, la sua connotazione, perché se prima si mostrava come un ordine o un comportamento che promanava dal superiore, ora si presta a essere considerata come *scelta* dell'intero apparato o complesso organizzativo. Se, infatti, efficienza ed economicità sono parametri che finalizzano l'agire amministrativo, allora la scelta dell'apparato riguarderà la *migliore* tra le interpretazioni o azioni astrattamente possibili che derivano dall'applicazione di una norma.

La prassi, allora, viene concepita come «interpretazione obiettivizzata», come il frutto di un processo di raffinazione, una *opinio optimi*, scaturita da una serie di sperimentazioni che l'apparato o l'ente ha testato nel tempo[69].

Sotto questo profilo, Benvenuti critica la ricostruzione della prassi di Carullo nella misura in cui subordina la prassi al disposto normativo legislativo[70].

---

[68] A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, cit., p. 46.

[69] Cfr. S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm*., 2013, fasc. 1-2, p. 149: «Il contravvenire a tale metodo obiettivizzato determinerà perciò non tanto una violazione di presunti limiti derivanti dall'*opinio iuris*, ovvero da generali principi di giustizia, in quanto piuttosto la disobbedienza a concreti vincoli imposti dalla norma costituzionale (in via generale) e specificati (nel particolare) dalla precedente condotta dei pubblici poteri nella singola fattispecie».

A riguardo, Carullo relega l'ambito di operatività della prassi all'interno della norma: la prassi, pertanto, funge sì da elemento specificante o di precisazione della norma, ma viene, come detto, al suo interno contenuta: potrà, dunque, adattare il dettato normativo alla realtà, ma non potrà spingersi a introdurre diritti non posti.

In tal modo, secondo l'Autore, la prassi non si pone in contrasto con il principio di legalità, ma, al contrario, ne rafforza la portata. Difatti, l'aspetto garantistico viene potenziato perché un comportamento ripetuto offre una ulteriore certezza dei rapporti giuridici, e questo per una qualità naturale della prassi che, sebbene non immutabile sul lungo termine, rimane ferma in se stessa costituendo un punto di riferimento per l'amministrato.

In aggiunta, la prassi ben si presta a essere un elemento di ossigenazione del sistema nella misura in cui consente al dettato normativo di adeguarsi alle trasformazioni, sicché «il principio di legalità a cui si deve ispirare il nostro ordinamento anche in questi momenti di trasformazione profonda, rimane, dunque, condizionato dall'esistenza di *correttivi di fatto* che materializzano quel principio di effettiva rispondenza del dato normativo con la realtà sociale nella quale esso deve operare».

Come anticipato, Benvenuti giustifica la tesi di Carullo di subordinare la prassi alla legge in virtù del contesto politico nel quale lo studio è stato compiuto: si tratterebbe, dunque, di una confusione del «punto etico politico con quello descrittivo».

Si concorda con la posizione del Benvenuti soprattutto notando – forse- la contraddizione delle argomentazione che, da un lato, nella necessità di giustificare la rilevanza della prassi alla luce del principio di legalità, ancorano l'operatività della prassi all'interno della norma e, dunque, come detto, la subordinano alla legge; mentre dall'altro, nell'esaltarne la forza e i benefici in tema di certezza del diritto e di garanzia per i cittadini ad un'azione coerente, auspichino lo sviluppo di prassi anche laddove non esista una

[70] L. BENVENUTI, *Prassi e consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, cit., p. 247: «si enfatizza l'esistenza di un complesso organizzato di limiti talmente precisi nell'esercizio, da rendere pressoché univoca qualsiasi decisione della pubblica amministrazione: ma è questa, appunto, una presupposizione di ordine ideologico, corrispondente ad un particolare tesi politica di autoreferenzialità del potere esecutivo rispetto agli altri poteri; tesi, peraltro, contrastante con i dati di fatto, e specie con la realtà amministrativa esistente nel periodo in cui Carullo scriveva».

legge, per far sì che si crei un autovincolo e una disciplina dell'attività nel momento del suo farsi[71].

5.2. Prassi *praeter legem* e assenza di una disposizione normativa: l'importanza del sistema normativo generale per individuare il fine complessivo dell'agire amministrativo.

Può essere utile per il nostro discorso - che si prefigge peraltro di considerare la prassi dal punto di vista dell'amministrazione - considerare in particolare il caso della prassi *praeter legem*, che si caratterizza per l'assenza di una disposizione specifica. E' ben vero che la specifica della prassi *praeter legem* si percepisce più in relazione a un sistema normativo generale che a una singola norma. Il valore della prassi *preater legem* è tale perché «esteriorizza in maniera percepibile quello che è il fine dell'agire complessivo dell'amministrazione»[72].

Con la prassi *praeter legem*, perciò, quello che viene ad emergere è proprio l'agire amministrativo considerato *e* dal punto di vista dinamico *e* complessivamente. Sicché, in tal modo intesa, la prassi *praeter legem* rappresenterà un mezzo di realizzazione di fini che, sebbene non previsti da una norma specifica, esistono implicitamente nel sistema in quanto immanenti nello stesso.

Carullo nel suo studio auspicava «una visione globale dell'organizzazione amministrativa anche in vista di una sostanziale modificazione del concetto stesso di amministrare non più basato esclusivamente sul dato formale, costituito dal provvedimento, ma coinvolgente anche tutto il comportamento amministrativo, anche privo di cristallizzazione in un atto. Invero, è lo Stato amministrativo stesso che sottolinea per sua natura "il costante venir meno dell'importanza dell'atto formale e l'avanzata dello

[71] A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, cit., p. 202.
[72] A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, cit., p. 88. L'autore, in particolare, svolge un parallelismo tra la prassi *praeter legem* e il rapporto tra legge e regolamenti indipendenti «pur essendo (i regolamenti) espressione di potere e non di mera facoltà come la prassi, condividono co queste nei rispettivi ambiti la funzione di "precisare i compiti che la stessa pubblica amministrazione si prefigge nell'ambito delle leggi e non di una determinata legge, e a imporre alla pubblica amministrazione (…) i limiti interni, ossia i modi (del suo agire)».

Stato attività, dello Stato comportamento»[73]. E del resto «la struttura formale, perché normativamente predisposta, non potrebbe mai essere così dettagliata da prevedere tutte le situazioni che in via informale si potrebbero porre e che quindi vengono lasciate al completo dominio della prassi».

Il rapporto tra azione informale e azione formale non deve però essere visto come momento di sopraffazione della prima sulla seconda, quanto al più come momento di integrazione per far sì che l'azione amministrativa si adatti alla realtà concreta.

Viene dunque da chiedersi se lo scopo dell'Amministrazione si riduca a quello di garante dei diritti, oppure possa includere «il proposito di cambiare la realtà affidandosi non più semplicemente alla produzione legislativa di schemi definitivi, ma anche puntando su una attività di impulso»[74].

La forza della prassi *praeter legem* si svela, così, nel momento in cui l'amministrazione ha la *necessità* di adeguarsi alle esigenze della realtà. Si noti che, proprio nei casi in cui manchi un dato normativo, la prassi può essere un buon strumento per disciplinare l'attività nel momento del suo farsi.

Questo ci consente di considerare la prassi *praeter legem* come un fattore decisamente influente nel momento dell'esercizio della funzione amministrativa. O, ancor meglio, come un *correttivo* all'esercizio della funzione[75]. Ciò che si prende in considerazione, dunque, è il comportamento operativo dell'amministrazione nel momento dell'esecuzione del dato normativo. E' in questo attimo che, per i pubblici poteri, si rende necessaria una mediazione tra il prefissato compito astratto e le mutevoli vicende della vita, e tale opera di mediazione viene realizzata proprio attraverso l'uso delle prassi che sono poi quelle più condizionanti l'operato dell'amministrazione[76].

[73] A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, cit., p. 149.
[74] V. BERLINGO', *Contributo a uno studio dell'attività amministrativa interna nelle riforme dell'Italia e della Cina*, Napoli, 2018, p. 50.
[75] In tal senso A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, cit., p. 149.
[76] M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1968, p. 649.

5.3. Prassi operativa e prassi interpretativa come modi per realizzare l'integrazione normativa.

Nell'accettare il tratto della prassi come correttivo del rigore formale della legge, viene logico far seguire in che modo una tale integrazione possa manifestarsi.

Anzitutto, va precisato che l'eventuale integrazione non si rivolgerebbe al momento della determinazione della volontà, ma al modo attraverso cui la funzione è esercitata.

In secondo luogo, nel colmare una esigenza non precisata dal legislatore ma che ugualmente affiora da una situazione di fatto, si può dire che la prassi agisca creando un'attività informale (correttiva della funzione e che agirà sull'attività futura) che si affianca a quella formale[77].

In questa prospettiva, anche Tarullo si discosta dalla qualifica della prassi offerta dal Carullo. A ben vedere, l'autore nel suo saggio coglie proprio nella prassi *praeter legem* uno spiraglio per mutare i connotati e la funzione della prassi.

Sebbene da un punto di vista completamente differente, l'autore, anziché intenderla come sviluppo ermeneutico di principi inscritti nell'art. 97 della Costituzione, aderisce all'idea di uno sviluppo spontaneo della prassi all'interno degli uffici[78]. Secondo Tarullo,

[77] Seppur riferimento all'organizzazione, si veda H. A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1958, p. 231 «nessuna organizzazione formale opera con efficienza senza una sua organizzazione informale che ad essi si accompagni».

[78] Più precisamente, l'Autore sviluppa il suo ragionamento a partire dall'art. 23 della L. 69/2009 rubricato *Diffusione delle buone prassi nelle pubbliche amministrazioni e tempi per l'adozione dei provvedimenti o per l'erogazione dei servizi al pubblico* e, ora, parzialmente abrogato dall'art. 53, comma 1, lettera h) del D. Lgs. 14 marzo 2013, n. 33. A detta dell'autore, la norma, introducendo l'istituto delle «buone prassi» in campo amministrativo giustificherebbe una rimeditazione della prassi amministrativa come istituto giuridico. La norma, infatti, per come strutturata, prevedeva l'onere, in capo agli uffici, di elaborare e diffondere prassi virtuose che possano essere parimenti oggetto di una valutazione dell'operato dei dirigenti e del personale amministrativo. Secondo Tarullo, sarebbe, dunque, fondamentale il coinvolgimento del cittadino e nella formazione e nella individuazione delle prassi virtuose. Si verrebbe così a delineare, in primis, una nuova struttura della prassi che contempla una diversa accezione della *opinio optimi*. A riguardo, bisognerebbe, anzitutto, meglio distinguere tra *opinio optimi* interna e *opinio optimi* esterna, consistendo, quest'ultima, nell'apprezzamento dell'utenza di un certo comportamento. Infatti, la norma, ponendo l'accento sui caratteri della «bontà» e «virtuosità» della pratiche amministrative, ha conferito indubbia forza alle preferenze della collettività, in un modo che un tale coinvolgimento della stessa «ascrive al cittadino una insostituibile funzione di avallo, conferma e consolidamento delle condotte che realmente appaiano meritevoli di essere preservate nel concreto agire e decidere dell'autorità». Del resto, va detto che il requisito dell'*opinio* interna, ovverosia il convincimento che la prassi applicata sia considerata dal funzionario come realmente ottimale, fosse già controverso prima dell'intervento legislativo. Ben può essere, d'altra parte, che un funzionario applichi una prassi consolidata a prescindere dal suo personale avviso o perché non voglia esporsi a responsabilità disciplinari. La norma, a detta dell'autore, cristallizzerebbe così una chiara propensione per la *opinio* esterna, che sarebbe dunque quella decisiva nel processo di creazione. Questo lascerebbe spazio a modelli di partecipazione organizzata.

l'impostazione di Carullo farebbe apparire la prassi geneticamente assorbita nell'attività interpretativa e, pertanto, la considerazione della stessa come «interpretazione obbiettiva» sarebbe riduttiva. Come detto, una tale ricostruzione lascerebbe trasparire l'influenza che il substrato culturale dell'autore avrebbe avuto nello sviluppo di una tesi che ha come punto di partenza l'aver considerato l'attività amministrativa come mera attività di applicazione della legge.

Concentrandosi sull'opportunità di scindere la prassi in categorie, Tarullo individua nello scritto di Silvestri sull'attività amministrativa interna uno spunto di riflessione. A riguardo, sembrerebbe, infatti, possibile profilare «una nitida distinzione tra prassi vigente nell'*attività* amministrativa e prassi vigente nell'*interpretazione* amministrativa[79]».

Tale punto di partenza offre a Tarullo l'occasione per una ulteriore meditazione sulle possibili manifestazioni che la prassi può assumere, distinguendo più semplicemente, da un lato, le prassi interpretative e, dall'altro, le prassi operative. A riguardo, questa valutazione si profila interessante nella misura in cui affranca la tendenza della dottrina a considerare la prassi come interpretazione e ne svela un lato, dunque, anche operativo.

Più precisamente, la prassi operativa, che può parimenti contenere un aspetto interpretativo, offre all'ente una regola da applicare sul versante organizzativo, procedimentale o comportamentale. Al contrario, la prassi interpretativa riguarda «esclusivamente i contenuti del provvedimento e gli assetti di interessi da questo regolati, allorché si tratti di adattare le disposizioni vigenti ai casi concreti[80]».

All'interno della prassi interpretativa, l'autore impone, però, una ulteriore separazione tra prassi «interpretativa decisionale» e «prassi interpretativa operativa», cui riconduce la *regola del decidere* e la *regola dell'agire*. La prima corrisponde a quella che Carullo definiva l'«interpretazione obiettivizzata», e, dunque, al reiterato significato che una data disposizione assume per un ufficio. La seconda, invece, anziché avere a che fare con un processo decisionale, riguarda un processo comportamentale ed è il «frutto di un'attività di interpretazione tale per cui quel particolare paradigma comportamentale [..] viene percepito e praticato dall'apparato pubblico come la migliore applicazione della

[79] S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm*., 2012, fasc. 4, p. 685.
[80] S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 697.

disposizione»[81]. Sicché, si crea una regola di condotta (la regola dell'agire) che guida e indirizza i rapporti dell'ente con gli amministrati, ma non si trasforma in attività provvedimentale.

Va precisato che la forza del lato operativo, peraltro, si manifesta maggiormente allorquando ci sia assenza di un dato normativo. E', proprio la prassi *praeter legem* - concepita come (sopradetto) attuativa di esigenze immanenti del sistema - a consentire di abbandonare la rappresentazione della prassi come mera interpretazione, e questo perché, come formulata, la prassi *praeter legem* risponde ad esigenze ben diverse da quelle meramente interpretative, quali appunto, quella della modalità attuativa non di una singola legge, ma «del complesso normativo vigente».

Nella prassi *preaeter legem* manca, *in re ipsa*, la disposizione e, di conseguenza, sarebbe contradditorio affermare che la prassi in generale sia rappresentabile dalla sola fase interpretativa.

Invero, la prassi *praeter legem* è, per Tarullo, la sola «prassi operativa in senso stretto», ovverosia la prassi sì autoprodotta dalla amministrazione, ma al mero scopo di promuovere il "ben amministrare".

Si pensi, ad esempio, alla richiesta di pareri tra uffici. A riguardo, si possono prospettare tre situazioni astrattamente possibili: i) che la richiesta sia espressamente prevista da una norma come doverosa; ii) che la richiesta sia facoltativa, ma che venga poi di fatto praticata, perché la reiterata lettura della norma fa propendere per l'acquisizione del parere; iii) che, infine, non esista alcuna disposizione in merito alla richiesta del parere - neppure allo stato di facoltà - ma che l'esperienza abbia promosso la formazione di una regola di condotta puramente operativa. Ebbene, se il secondo esempio viene ricondotto alla interpretazione obiettivizzata; il terzo caso prospettato mal si presta a essere qualificato come attività interpretativa, perché manca il parametro da cui far partire qualsiasi operazione ermeneutica[82]. Ma dal momento che, nella realtà, situazioni di tal fatta si palesano frequentemente, si deve dedurre che la prassi *praeter legem* possa essere sia interpretativa, che operativa.

[81] *Ibidem*. Cfr. per questo aspetto l'esempio concernente le circolari sul contraddittorio endoprocedimentale nel processo tributario.
[82] S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 699.

Viene comunque da chiedersi se, allorquando a livello legislativo non si siano prese in considerazione delle esigenze di tutela percepite come rilevanti, possa essere allora la prassi *praeter legem* a indirizzare l'attività dell'amministrazione, talvolta in veste ermeneutica, talaltra in veste operativa. Precisando che, però, una tale disciplina, non potendo assumere la veste di fonte del diritto, si configurerebbe come *soft law* amministrativa e, di conseguenza, potrà essere scalzata da una prassi più rispondente ai mutati bisogni, o disattesa se le circostanze di fatto ne giustificano un allontanamento[83].

La tesi del Tarullo, dunque, ci serve ad evidenziare alcuni dati: i) che la prassi *praeter legem* ha nella sua natura una tendenza completiva dell'ordinamento; ii) che può rappresentare uno strumento impiegato dalla pubblica amministrazione per gestire il vuoto normativo; iii) che tale prassi non si manifesta necessariamente come una «interpretazione obbiettivizzata», ma anche come operazione pratica; iv) che si forma in quanto coloro che la determinano e coloro che la condividono esprimono un giudizio di opportunità, ovvero un giudizio di doverosità, e dunque, in definitiva, la forza che rende effettiva la prassi *praeter legem* è la «volontà di coloro che agiscono» proponendosi di sposarla in risposta, probabilmente, alla percezione di una *necessità* dall'apparato di adottarla[84].

Si chiude così la parabola di un ipotetico collegamento *soft law*- informalità- prassi *praeter legem*. L'esito ultimo è che si può forse affermare che il contesto di massima informalità del processo concreto con cui gli enti pubblici agiscono al di fuori di nitidi riferimenti normativi possa assumere le vesti della prassi *praeter legem*[85].

[83] In tal senso, anche S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 161: «la prassi amministrativa si presenta oggi alla stregua di una fonte «soft» o «deformalizzata»: essa non è elevata a fonte del diritto al pari della legge, del regolamento o della consuetudine, ma neppure può assimilarsi alle classiche norme interne della p.a. (circolari, ordini, direttive, ecc.); conserva, piuttosto, una struttura malleabile, l'unica peraltro coerente con la mutevolezza dei bisogni che le metodiche operative ed interpretative autoprodotte dal formante amministrativo devono andare a soddisfare e ad intercettare».

[84] Cfr. § 2. Sul punto anche S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 704 che sulla doverosità della prassi *praeter legem* afferma che «ciò accade non perché quella condotta si imponga all'osservanza in ragione del diritto positivo, bensì perché essa si profila come «essenziale per garantire elementari esigenze delle istituzioni amministrative», ovvero per realizzare non un precetto legislativo, ma «una finalità generale politica o un obbiettivo primario della legislazione, magari al di fuori di previsioni specifiche di singole leggi».

[85] In tal senso si veda anche S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 704: «Il procedimento, prima di essere una sequenza di atti giuridicamente rilevanti, è un dato fenomenico appartenente al mondo del reale, intessuto di condotte informale dell'amministrazione che perlopiù risultano prive di puntuale regolamentazione in norme specifiche».

6. *Soft law e agire amministrativo informale*: applicazioni a casi concreti.

In qualsiasi trattazione teorica si corre il rischio di formulare pensieri difficilmente intellegibili al lettore che non ha prodotto il lavoro.

Pertanto, se è vero che riportando l'attenzione sullo studio della prassi si è voluto mostrare lo sfondo su cui quotidianamente agisce l'amministrazione, giunti a questo punto si rende necessario superare il piano teorico per cercare di raggiungere due ordini di risultato: individuare *visivamente* l'azione informale dell'amministrazione e *mostrarne* il tratto pioneristico.

Dallo studio dell'attività amministrativa interna e della prassi si è notato come come il funzionamento delle amministrazioni, oltre che con circolari, linee guida, indicazioni, opera anche e soprattutto con azioni informali; le azioni informali, peraltro, cnsento all'amministrazione di impartire di fatto una direzione, "spostare" il diritto amministrativo verso un senso che poi spetta alla giurisprudenza assecondare.

Questi movimenti, però, sono difficilmente inquadrabili laddove osservate dall'esterno proprio perché raramente ci si accorge dei vuoti normativi prima che questi si palesino come fatti nella realtà cui l'amministrazione deve dare soluzione.

In proposito, si sono scelti degli esempi che individuano, a parere di chi scrive, situazioni in cui l'amministrazione ha avuto l'esigenza di destrutturare il procedimento amministrativo, o utilizzare uno strumento già in essere per soddisfare un nuovo interesse pubblico.

Gli esempi riportati condividono il tratto di presentarsi come azione informale *praeter legem*: azione informale che può, invero, essere sia operativa che interpretativa.

Nel caso dell'Amministrazione finanziaria si vedrà che l'azione informale diventa "formale" grazie alla pubblicazione di una istruzione, o di una circolare che pungoli le Agenzie territoriali verso una attività collaborativa con il contribuente. Nel caso di specie emerge chiaramente come l'amministrazione voglia correggere una disciplina da molti critici ritenuta incostituzionale.

All'opposto, la scelta di includere nell'analisi anche l'azione interpretativa riposa nel fatto che talvolta l'amministrazione è costretta, in assenza di strumenti adeguati, a impiegare mezzi fino a quel momento utilizzati per qualcosa d'altro. A riguardo, il caso

della localizzazione degli impianti eolici e il relativo diniego di autorizzazione paesaggistica è emblematico nella misura in cui mostra la tendenza della pubblica amministrazione a utilizzare in maniera impropria il termine paesaggio per ampliare il potere conformativo di cui all'art. 152 D.lgs. 204/2004 e con lo scopo di colmare la legislazione sui beni culturali che non aveva previsto, nel futuro, la presenza di impianti eolici.

6.1. La prassi dell'amministrazione finanziaria a integrazione dell'elemento partecipativo nel procedimento di accertamento tributario di cui all'art. 12, comma 7 della L. n. 212 del 2000.

Un esempio di prassi *prater legem* di tipo operativo espressione di un'amministrazione che apprende direttamente dall'esperienza è dato dal particolarmente discusso istituto del contradditorio endoprocedimentale di cui all'art. 12, comma 7 della L. n. 212 del 2000 (Statuto del Contribuente), rubricato «Diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali»[86].

In proposito, la norma statuisce che «nel rispetto del principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente, dopo il rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, il contribuente può comunicare entro sessanta giorni osservazioni e richieste che sono valutate dagli uffici impositori». Stando al dato letterale, quindi, l'attività difensiva del contribuente, funzionale all'opposizione dell'emissione dell'atto impositivo, sembrerebbe limitata ai casi in cui l'Amministrazione finanziaria svolge attività di accertamento attraverso «accessi, ispezioni e verifiche fiscali nei locali», e, pertanto, alle sole verifiche presso la sede del contribuente, escludendo i casi in cui l'avviso viene generato automaticamente a seguito di un contraddittorio "a tavolino".

[86] Più diffusamente, sui procedimenti amministrativi di imposizione, cfr. G. ESPOSITO, *Il sistema amministrativo tributario italiano*, Milano, 2017, pp. 187 ss; P. ACCORDINO, *Problematiche relative al contraddittorio nei procedimenti tributari*, Milano, 2018; G. RAGUCCI, *Il contraddittorio nei procedimenti tributari*, Torino, 2009.

Cionondimeno, sul perimetro applicativo della norma è seguito un contrasto giurisprudenziale che ha visto contrapporsi due filoni interpretativi, entrambi adottati dalla Corte di Cassazione nelle Sezioni Unite, sull'esistenza o meno, nell'ordinamento tributario, di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale a tutela delle garanzie difensive del contribuente.

Un primo orientamento si è pronunciato in favore della sussistenza, a fronte di un atto destinato ad incidere in modo negativo sui diritti e gli interessi del contribuente, di un «principio fondamentale immanente nell'ordinamento cui dare attuazione anche in difetto di una espressa e specifica previsione normativa», quale l'attivazione del contradditorio endoprocedimentale[87]. Il percorso argomentativo delle Sezioni Unite ha fatto leva sulla presenza, e a livello comunitario e a livello nazionale, di principi da cui si può desumere come la legittimità della pretesa tributaria trovi il suo fondamento nella formazione procedimentalizzata di una "decisione partecipata": da un canto, il rispetto dei diritti della difesa a essere sentiti prima dell'adozione di qualsiasi decisione incisiva della sfera patrimoniale risulta espressamente affermato dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Kamino*[88] e *Datema*[89], poiché la valorizzazione del diritto del contribuente a partecipare al procedimento di accertamento si desume dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, agli artt. 41, 47 e 48[90]. Da un altro canto, al procedimento tributario la Corte ritiene si debba applicare la legge n. 241 del 1990, la quale, agli artt. 7 e 21 prevede un obbligo generalizzato di comunicazione dei provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei destinatari. Parimenti, la promozione del contraddittorio sostanzia il principio di leale collaborazione e tutela l'interesse pubblico al buon procedimento, «interesse pubblico garantito da quell'apporto alla piena valutazione giuridico-fattuale che solo l'intervento procedimentale dei soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti può fornire»[91].

[87] Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19667, punto 16. Analogamente, anche Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19668.
[88] Corte di Giustizia, C-129/13, Kamino International Logistics BV.
[89] Corte di Giustizia, C-130/13, Datema Hellmann Wortdwide Logistics BV.
[90] Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19667, punto 15.2 e 15.2.1: «Il citato articolo 41, par. 2 prevede che tale diritto a una buona amministrazione comporta, in particolare, il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale lesivo».
[91] *Ibidem*, punto 13.5.

Un secondo orientamento, all'opposto, considera insuperabile il dato letterale dell'art. 12 della L. n. 212 del 2000 stante a dimostrare l'intenzione del legislatore di circoscrivere la tutela del contraddittorio solo a quelle tipologie di controllo particolarmente intrusive, caratterizzate dall'autoritativa ingerenza dell'Amministrazione nei luoghi di pertinenza del contribuente[92]. Non risulterebbe, perciò, alcun generalizzato obbligo di contraddittorio nell'ambito del procedimento amministrativo di formazione dell'atto fiscale, ricavabile dai principi sovranazionali, per i quali la Corte espressamente specifica che «differentemente dal diritto dell'Unione europea, il diritto nazionale, allo stato della legislazione, non pone in capo all'Amministrazione fiscale che si accinga ad adottare un provvedimento lesivo dei diritti del contribuente, in assenza di specifica prescrizione, un generalizzato obbligo di contraddittorio endoprocedimentale, comportante, in caso di violazione, l'invalidità dell'atto». Sicché, la norma richiamata si applica esclusivamente alle verifiche *in situ*, e pertanto, per i controlli attuati in ufficio, il contraddittorio preventivo sarà, al più, ammissibile nel caso di tributi "armonizzati" (es. IVA) non estensibile tuttavia ai tributi non armonizzati per i quali il legislatore lo non abbia espressamente specificato[93].

Chiarito il contesto normativo e giurisprudenziale, ciò che è particolarmente interessante per la nostra indagine è l'analisi della prassi elaborata sul tema dall'amministrazione finanzia che, a dispetto del dato normativo e giurisprudenziale, ha informalmente sviluppato un'azione in senso opposto.

Un primo punto di riferimento sono gli *Indirizzi Operativi* contenuti nella Circolare E/16 dell'Agenzia delle Entrate adottata, in data 28 aprile 2016 – peraltro conseguentemente la pronuncia delle Sezioni Unite - in prevenzione e contrasto all'evasione[94]. La circolare amministrativa riconosce che il contraddittorio preventivo con il contribuente assumer un ruolo fondamentale nella definizione della pretesa tributaria, non potendo questo essere confinato a un mero adempimento formale, poiché «un'attività

[92] Cass., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24283, con commento di A. LOVISOLO, *Sulla c.d. "utilità" del previo contraddittorio endoprocedimentale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2016, n. 2, p. 719. Si noti come, prima delle sentenze gemelle, non si fosse minimamente dubitato del fatto che il perimetro applicativo della L. n. 212 del 2000, art. 12, comma 7, fosse quello testualmente definito. I contrasti manifestatisi sul punto erano stati composti da Cass., sez. un., 29 luglio 2013, n. 18184.

[93] Per una ampia ricostruzione dei contrasti giurisprudenziali sorti sull'art. 12 Statuto del Contribuente, si veda A. PERRONE, *La questione del contraddittorio endoprocedimentale tributario innanzi alla Corte costituzionale: un'occasione mancata*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, fasc. 4, p. 1733.

[94] Sul particolare ruolo delle circolari dell'Amministrazione finanzia, cfr. M. BERTOLISSI, *Le circolari interpretative dell'Amministrazione finanziaria*, in *Rass. trib.*, 1987, I, p. 435.

di controllo sistematicamente incentrata sul contraddittorio preventivo con il contribuente, da un lato rende la pretesa tributaria più credibile e sostenibile, dall'altro scongiura l'effettuazione di recuperi non adeguatamente supportati e motivati perché non preceduti da un effettivo confronto». La prassi amministrativa perciò pone l'accento su un'azione efficiente improntata a ridurre al minimo la dispersione di risorse[95].

Su questa linea, anche la Guardia di Finanza con Circolare n.1/2018 e l'Agenzia delle Dogane nella nota prot. n.65329/RU/2015 hanno ribadito che, nello svolgimento dei propri uffici, l'attività debba essere posta in essere nel rispetto della garanzia partecipativa riconosciuta in tutti i procedimenti di accertamento[96].

Per quanto concerne l'attività della Guardia di Finanza, è significativo rilevare come la circolare, ricostruendo il contesto normativo, denunci l'insussistenza di obbligo per i verificatori di sollecitare il contribuente ad esprimersi circa le verifiche. Perfettamente in sintonia con tale premessa, la giurisprudenza di legittimità ha osservato che «l'attività accertativa della Guardia di Finanza e degli uffici finanziari, essendo soltanto di carattere amministrativo, pur dovendosi svolgere nel rispetto di ben determinate cautele previste per evitare arbitri e violazioni dei diritti fondamentali del contribuente, non è retta dal principio del contraddittorio[97]». Cionondimeno, facendo propri i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sopra citata, ritiene che «la valorizzazione del contraddittorio rappresenti una tendenza chiara e riconoscibile dell'ordinamento tributario», sicché «deve ritenersi che una costruttiva ed equilibrata dialettica, adeguatamente formalizzata, fra verificatori e soggetto ispezionato sia non solo opportuna, ma anche doverosa»[98].

[95] AGENZIA DELLE ENTRATE, Direzione Centrale Accertamento, Circolare n.16/E – «Prevenzione e contrasto all'evasione - Indirizzi operativi», 28 Aprile 2016: « In quest'ottica il contraddittorio assume nodale e strategica centralità per la *compliance* e, come tale, dovrà essere considerato un momento significativamente importante del procedimento e non un mero adempimento formale». Precedentemente, si veda AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare n. 25/E, 6 agosto 2014.
[96] GUARDIA DI FINANZA, Circolare n. 1/2018, «Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione ed alle frodi fiscali», vol. 2, pp. 74 ss.
[97] Cass., 24 giugno 2014, n. 14290; Cass., 3 marzo 2001, n. 3128.
[98] GUARDIA DI FINANZA, Circolare n. 1/2018 cit., p. 76.

Parimenti, l'Agenzia delle Dogane, al fine di rendere possibile la piena partecipazione dell'interessato al procedimento impositivo, ritiene doveroso emettere avvisi di accertamento anche nelle ipotesi di accertamento "d'ufficio ed in ufficio"[99].

Concludendo sul punto, non vi sono ragioni per escludere che, in dispregio del dettato normativo, il risultato pratico intenzionalmente predisposto dall'amministrazione sia il frutto di una reale esigenza percepita come *necessaria* dall'amministrazione finanziaria: in proposito, l'integrazione dell'elemento partecipativo, oltre a rispondere ad esigenze garantistiche, intende eliminare comportamenti anomali, favorire il ravvedimento del contribuente o consentire a una migliore argomentazione dell'atto.

Con l'impegno di operare nel modo più efficacemente possibile, la Direzione centrale dell'Agenzia delle Entrate ha perciò elaborato la prassi del contraddittorio virtuale per quei tributi per i quali l'art. 12 della legge n. 212 del 2000 non ha previsto espressamente un contraddittorio formale[100]. La lacuna normativa, peraltro, è stata ampiamente criticata dalla dottrina tributarista che, da tempo, auspica una profonda evoluzione del rapporto tributario ad opera dei principi costituzionali, primo fra tutti l'art. 97 Cost.[101].

---

[99] AGENZIA DELLE DOGANE E DEI MONOPOLI, Direzione centrale legislazione e procedura doganali, nota prot. n.65329/RU/2015.

[100] Intervista ad Angela Calcò, Responsabile Ufficio Accertamento, Direzione Regionale Lombardia: il sistema di accertamento tributario dell'Agenzia delle Entrate è andato perfezionandosi a seguito della numerosa serie di impugnazioni di avvisi di accertamento emessi automaticamente dal sistema inizialmente progettato per gli accertamenti d'ufficio. L'automatismo degli avvisi di accertamenti, anche di fronti a incongruenze o contraddizioni aveva generato negli anni un numero spropositato di avvisi annullati poiché basati su contestazioni errate o informazioni parziali, facilmente evitabili grazie a un interlocuzione con il contribuente. L'Agenzia delle Entrate nel tempo ha pertanto elaborato una prassi volta a ridurre lo sperpero di risorse che accertamenti frettolosamente costruiti portava con sé.

[101] Sul punto, senza pretesa di esaustività, M. TRIVELLIN, *Art. 97 Cost.*, in G. FALSITTA, A. FANTOZZI, G. MARONGIU, F. MOSCHETTI (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie*. *Diritto costituzionale tributario e Statuto del contribuente* Tomo I, p. 323; F. TESAURO, *In tema di invalidità dei provvedimenti impositivi e di avviso di accertamento notificato ante tempus*, in *Rass. trib*., 2013, 1137 ss; G. FRANSONI, *La parabola normativa e giurisprudenziale del contraddittorio*, in V. UCKMAR (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario, atti preparatori*, Atti del Convegno, Padova, 2016, vol. III, p. 153; G. RAGUCCI, *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. trib*., 2015, n. 5, p. 1217. In ultimo si vedano anche i commenti sulle ordinanze n. 187, 188 e 189 del 2017 della Corte costituzionale, in cui la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 7, l. 27 luglio 2000, n. 212, censurato per violazione degli artt. 3, 24, 53, 111 e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui — secondo il diritto vivente della Corte di cassazione — garantisce al contribuente, a pena di invalidità dell'atto di accertamento, l'instaurazione del contraddittorio anticipato nei procedimenti relativi a tributi "non armonizzati", limitatamente ai soli controlli effettuati mediante accessi, ispezioni o verifiche nei luoghi di riferimento del contribuente, e non anche per i controlli fiscali realizzati in ufficio dai verificatori, così evitando di pronunciarsi sul riconoscimento "generalizzato" del contraddittorio endoprocedimentale in materia tributaria, cfr. Corte Cost., 13 luglio 2017, n. 187, in *Giur. Cost*., 2017, 4,

In definitiva, si può sostenere il tratto pionieristico e non necessariamente illegittimo dell'operato dell'amministrazione finanziaria, che ha creato una prassi d'azione in grado di colmare la carenza dell'elemento partecipativo, a dispetto dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza.

Si è venuto così a consolidare, al di fuori delle indicazioni legislative, un modus operandi più garantistico, di matrice esclusivamente amministrativistica, sicché, a detta dell'amministrazione finanziaria stessa, un intervento integrativo del legislatore sul punto non inciderebbe significativamente sull'attuale modo di procedere dell'Agenzie delle Entrate[102]. I meccanismi di consultazione messi a punto per realizzare un'interazione dialogico con il contribuente, peraltro, non hanno unicamente come fine quello di acquisire informazioni utili e necessarie per l'accertamento tributario, bensì anche quello di ridurre i margini di disaffezione verso una legge non rispettosa del principio di parità di trattamento.

6.2. *Segue*. Il caso della localizzazione degli impianti eolici.

La prassi sviluppata dal Ministero dei Beni Culturali in tema di localizzazione degli impianti eolici offre un efficace banco di prova per le conclusioni raggiunte dalle precedenti riflessioni, dacché rappresenta un caso in cui l'amministrazione afferma un valore sconosciuto non esplicitato dalla norma. In particolare, nella specie, la vicenda concerneva un provvedimento di diniego di autorizzazione paesaggistica nei confronti di un parco eolico istallato in una zona boschiva[103].

In via introduttiva, è utile ricordare che la disciplina delle energie rinnovabili costituisce un settore a sé stante; a riguardo, in base all'art. 12, co. 3, del D.lgs. n. 387/2003 la realizzazione e la messa in esercizio, sul territorio nazionale, di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili con potenza pari o superiore

1729, con nota di G. CARUSO, *Il contraddittorio endoprocedimentale: un (momentaneo) nulla di fatto*, in www.forumcostituzionale.it, 2017.

[102] Intervista ad Angela Calcò, Responsabile Ufficio Accertamento, Direzione Regionale Lombardia.

[103] Tar Molise, sez. I, 23 giugno 2016, n. 281.

ai 300 KW, nonché la realizzazione delle opere e delle infrastrutture connesse, richiede il rilascio dell'autorizzazione unica da parte della Regione o della Provincia delegata, nel rispetto della normativa vigente in materia di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico[104]. Per disciplinare nel dettaglio i presupposti del procedimento in esame sono state successivamente adottate dal Ministero dello Sviluppo Economico, in data 10 dicembre 2010, le *Linee Guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili*.

In quest'ottica, le disposizioni rilevanti per la nostra indagine rappresentano quelle inerenti alle aree non idonee all'istallazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili. Più esattamente, sebbene l'attività di produzione di energia elettrica costituisca attività libera, le Linee Guida attribuisco alle Regioni e Province delegate la possibilità di «porre limitazioni e divieti in atti di tipo programmatorio o pianificatorio»[105] al fine di circoscrivere le aree disponibili su cui gli impianti possono essere istallati. Più precisamente, per accelerare l'iter autorizzatorio, Regioni e Province possono indicare preventivamente le aree non idonee attraverso l'adozione di un atto di programmazione. In altri termini, dunque, l'esclusione di alcune aree territoriali dall'istallazione di impianti di produzione di energie rinnovabili può avvenire o per effetto di vincoli normativi o per effetto di scelte di tipo pianificatorio adottate attraverso il procedimento espresso dalle Linee Guida[106].

Parimenti, il Codice dei Beni culturali (D.lgs. 2004, n. 204) all'art. 146 prevede un ampio potere discrezionale in capo alla pubblica amministrazione preordinato alla verifica

[104] A titolo di completezza si ricordi che la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra costituisce un impegno internazionale assunto dallo Stato italiano attraverso la Legge 1° giugno 2002, n. 120 concernente la Ratifica ed esecuzione del Protocollo di Kyoto alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici» stilata l'11 Dicembre 1997. A tale impegno si è aggiunto, con l'emanazione del D.lgs. 29 Dicembre 2009, n. 387 attuativo della Direttiva 2001/77/CE del 27 settembre 2001 sulla «promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità», l'ulteriore obbiettivo nazionale di aumentare la produzione di energia pulita riducendo gli eventuali ostacoli normativi all'aumento di produzione della produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili.

[105] LINEE GUIDA *per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili*, 10 dicembre 2010, § 1.2.

[106] Più precisamente, ai sensi del punto 17 delle Linee guida: «L'individuazione della non idoneità dell'area è operata dalle Regioni attraverso un'apposita istruttoria avente ad oggetto la ricognizione delle disposizioni volte alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico e artistico, delle tradizioni agroalimentari locali, della biodiversità e del paesaggio rurale che identificano obiettivi di protezione non compatibili con l'insediamento, in determinate aree, di specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti, i quali determinerebbero, pertanto, una elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione».

della compatibilità fra interesse paesaggistico tutelato e intervento progettato, dacché è preclusa qualsiasi modificazione che rechi pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione. Ne consegue che, allorquando siano previsti interventi su aree di interesse paesaggistico o tutelate dalla legge è necessario che il proponente si astenga dall'avvio dei lavori finché la Regione, dopo aver acquisito il parere della Soprintendenza, rilasci l'autorizzazione paesaggistica di approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati.

E' significativo rilevare in proposito che il potere autorizzatorio in capo all'amministrazione concernente la verifica della trasformazione proposta dal progetto e la sua compatibilità con i valori essenziali del paesaggio interessato risulti estremamente indefinito: la norma non chiarisce *che cosa* sia il paesaggio tutelabile, né tantomeno cosa sia con esso compatibile; si limita a proferire che è di rilievo paesaggistico tutto ciò che rechi pregiudizio ai *valori* del paesaggio oggetto di protezione.

In proposito, com'è noto, la tutela paesaggistica opera attraverso vari strumenti, uno fra i quali è l'apposizione del vincolo *ex lege*. Si tratta di una ipotesi, introdotta dalla legge Galasso e prevista attualmente dall'art. 142 del d. lgs 42/2004, in cui l'interesse paesaggistico è dichiarato direttamente dalla legge mediante l'elencazione di categorie generali e per i quali, perciò, il valore paesaggistico non necessita di essere individuato caso per caso in via amministrativa[107]. Infatti, in questa seconda ipotesi, i beni di interesse paesistico debbono essere identificati singolarmente o tramite piano paesaggistico o tramite procedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico di cui all'artt. 137-140 d.lgs. 42/2004.

[107] Rispetto alla disciplina previgente costituita dalla l. 1497/1939 la Legge Galasso portò importanti elementi innovativi, dacché: i) provvedette essa stessa a vincolare vaste zone del territorio nazionale e; ii) sottopose a tutela non unicamente i beni per il loro particolare valore estetico, bensì valorizzò aree per le loro particolari caratteristiche identitarie, segnando definitivamente il superamento della nozione di paesaggio concepito come valore esclusivamente di carattere estetico, cfr. più diffusamente M più diffusamente M. CRESTI, *Le aree tutelate per legge*, in V. PIERGIGLI; A.L. MACCARI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio fra teoria e prassi*, Milano, 2006, p. 579; G. CREPALDI, *Il regime vincolistico dei beni paesaggistici*, in R. FERRARA; M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, p. 467; In tema di vincoli, si riprende la definizione di A.M SANDULLI, *Natura giuridica ed effetti della imposizione dei vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, p. 809, che lo definisce come «una restrizione (o piuttosto un sistema ordinato di restrizioni) di carattere impeditivo, in funzione conservativa di situazioni di fatto o di diritto, imposto autoritativamente alla sfera di godimento e di disposizione di un bene».

La particolarità del caso di specie riguarda, perciò, due ordini di fattori, che vanno ravvisati nella tipologia del vincolo e nella difficile operazione di circoscrizione del paesaggio. Quanto a quest'ultimo profilo, si ricorda che il tema della localizzazione degli impianti eolici solleva il complesso bilanciamento tra l'interesse di sviluppo economico e la tutela del paesaggio[108]: poiché l'impianto eolico risulta di per sé visibile anche a notevole distanza, si comprende come la perimetrazione del campo visuale sia una premessa fondamentale ai fini della stima del paesaggio rispetto al quale l'impianto eolico è interferente.

Per quanto concerne, invece, il primo profilo, va precisato che nella vicenda il progetto di parco eolico ricadeva solo per una parte dell'ambito di un territorio soggetto a vincolo, mentre i restanti generatori restavano ubicati in un'area contermine. Nonostante ciò, la valutazione della pubblica amministrazione ha preteso di estendere le criticità rilevate nell'area vincolata anche per la parte di impianto posta a significativa distanza dalla zona vincolata[109].

6.2.1. In particolare: il potere conformativo di cui all'art. 152 del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 e la prassi elaborata dall'Amministrazione MIBAC.

Per meglio comprendere la questione giuridica si deve svolgere una breve considerazione sull'art. 152 del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 che prevede la possibilità di prescrivere distanze, misure e varianti a progetti in corso di esecuzione al fine di scongiurare eventuali pregiudizi che potrebbero derivare ai valori espressi dai beni paesaggistici.

La norma, quindi, attribuisce all'amministrazione competente il potere di dettare prescrizioni di tipo esecutivo che realizzano una tutela indiretta dei beni paesaggistici: poiché cave, strade, condotte e palificazioni – cui i pali eolici debbono ricondurvisi - sono

[108] Sul punto si veda N. DURANTE, *Il procedimento autorizzativo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: complessità e spunti di riflessione, alla luce delle recenti linee guida nazionali*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011 n. 2-3, p. 73; P. CARPENTIERI, *Paesaggio contro ambiente*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, n. 8, p. 931.

[109] Tar Molise, sez. I, 23 giugno 2016, n. 281, p. 16 richiamante p. 21 del parere di diniego della Direzione Mibac.

opere in grado di impattare significativamente sulla conservazione delle bellezze paesistiche, il diritto positivo ha ritenuto di prevedere un regime più gravoso per tali costruzione, e di ampliare gli effetti limitativi del vincolo anche oltre i confini. La peculiarità della norma in esame consiste perciò nel prendere in considerazione non soltanto le opere che ricadono entro il perimetro della bellezza di insieme, bensì anche quelle collocate nelle prossimità, in modo da realizzare delle vere e proprie «aree di rispetto definite in funzione della vicinanza della bellezza individua e, per le bellezze di insieme, della interferenza con la visuale panoramica»[110].

Il rapporto tra normativa di settore e tutela indiretta si fa particolarmente interessante laddove, per salvaguardare le valenze del luogo, l'incompatibilità del progetto venga valutata, come nella specie, in virtù di una alterazione della cornice ambientale che compromette i valori di visibilità presidiati dal vincolo[111].

Singolare è, perciò, la prassi sviluppata dalla Sovrintendenza della Regione Molise, preclusiva di fronte alla realizzazione di nuovi parchi eolici. Si è detto, precedentemente, che il vincolo paesaggistico individuato in via amministrativa, si distingue dal vincolo *ex lege* per aver, il legislatore, in quest'ultimo stabilito a priori un valore identitario: nel caso di vincolo paesaggistico individuato dall'amministrazione, perciò, il valore protetto è specificatamente individuato nel provvedimento (singolarità geologica, memoria storica, distinzione per non comune bellezza, bellezze panoramiche e belvedere).

All'opposto, il valore tutelato dal vincolo *ex lege* per le aree vaste, tra cui si fanno rientrare i boschi, non presenta i tratti della caratterizzazione, ovverosia, non è determinato. Ne deriva che, nel momento in cui il Mibac afferma che un certo progetto è compatibile o non compatibile con il vincolo paesaggistico relativo alle aree boscate sta caratterizzando e determinando essa stessa un valore paesaggistico non previsto dalla legge.

---

[110] R. DAMONTE, *Interessi soggetti a particolari prescrizioni (artt. 152- 153)*, in A. M. SANDULLI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012.

[111] Più precisamente, il contesto paesistico consisteva in una piana appenninica il cui skyline risulterebbe significativamente alternato, cfr. PARERE 22 luglio 2015, Direzione Mibac Molise p. 21: «si percepirebbe la stessa destrutturazione della lettura del paesaggio, in quanto la naturalità di detti luoghi, costituita sia da estesi che da piccoli sistema boscati, risulterebbe inframmezzata ai diversi aerogeneratori presenti su tutta la zona crinale». In conseguenza dell'impatto degli impianti sulla visuale dei beni tutelati, la Soprintendenza aveva disposto: la delocalizzazione fuori dalla fascia di rispetto e l'abbassamento di altezza degli impianti

Sul punto, si noti, si è creato un dibattito giurisprudenziale circa la sussistenza in capo alla Soprintendenza del potere di cui all'152 del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 di prescrivere misure, distanze e varianti ai progetti ricadenti anche in aree contermini a zone sottoposte a vincolo *ex lege*. La norma, invero, con un rinvio all'art. 136 rubricato «Immobili ed aree di notevole interesse pubblico», detta testualmente che il potere conformativo possa essere esercitato unicamente nei confronti di interventi interferenti con bellezze naturali individuate da provvedimenti puntuali, e non sarebbe applicabile alle aree boscate, vincolati *ex lege*.

Ebbene, più nel dettaglio, il tema del titolo giuridico di intervento della Soprintendenza in relazione ad un progetto ricadente in un'area soltanto vicina a due ampi complessi boschivi va risolto tenuto conto del punto 14.9, lett. c delle Linee guida nazionali *supra* citate. In base alle previsioni di dette linee guida il soprintendente ha facoltà di esercitare i poteri previsti dall'art. 152 del Codice dei beni culturali e del paesaggio anche quando l'intervento ricada in aree contermini a quelle espressamente vincolate *ex lege* ai sensi dell'art. 142 del Codice[112].

E' significativo rilevare perciò che le linee guida operano una estensione delle competenze in virtù di un processo similare a quello suggerito dal *Rapport public* francese[113]. Si ricorda, infatti, dal Rapport Pubblic è emersa l'esigenza, nell'ambito dell'adozione di un atto di *droit souple* allorquando questi produca effetti giuridici in capo ai terzi, se si renda necessaria una specifica base giuridica. In propposito si è visto che il percorso valutativo da svolgere si concentra sull'analisi della *mission* dell'autorità che ha

[112] LINEE GUIDA *per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili*, cit., § 14.9, lett. c: «In attuazione dei principi di integrazione e di azione preventiva in materia ambientale e paesaggistica, il Ministero per i beni e le attività culturali partecipa [..] al procedimento per l'autorizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili localizzati in aree contermini a quelle sottoposte a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, recante il codice dei beni culturali e del paesaggio; in queste ipotesi il Ministero esercita unicamente in quella sede i poteri previsti 18 dall'articolo 152 di detto decreto; si considerano localizzati in aree contermini gli impianti eolici ricadenti nell'ambito distanziale di cui al punto b) del paragrafo 3.1 e al punto e) del paragrafo 3.2 dell'allegato 4; per gli altri impianti l'ambito distanziale viene calcolato, con le stesse modalità dei predetti paragrafi, sulla base della massima altezza da terra dell'impianto». Cfr. Cons Stato, sez. VI n. 1144 del 2014 in cui si specifica che: «d'altra parte sarebbe illogico che tale sistema di ulteriore protezione (indiretta) dei beni paesaggistici assistesse unicamente quelli sottoposti a dichiarazione di notevole interesse pubblico (le cui categorie sono contemplate dall'art. 136 del Codice dei beni culturali e del paesaggio) e non invece i beni paesaggistici previsti dalla legge (art. 142), in cui il valore paesaggistico compendiato nel vincolo *ex lege* che li assiste è una qualità correlata originariamente al bene, non suscettibile di una protezione giuridica di minore intensità». In tal senso anche Cons. Stato, sez. IV, n. 4608 del 2018, contra Tar Molise, sez. I, 4 giugno 2013, n. 397.

[113] Cfr. Capitolo II, § 2.2.

adottato l'atto. Per *mission*, il Rapport Public intende l'interesse pubblico primario perseguito dall'amministrazione che, perciò, ragionando *a contrario*, laddove venga mutato, o addirittura trasformato, dall'atto *soft*, per essere considerato valido dovrà necessariamente ancorato a una nuova base giuridica indistintamete tra legge o un decreto ministeriale.

Orbene, nel caso degli impianti eolici il fondamento di una estensione del potere conformativo di cui all'art. 152 è presente nella Linea Guida sulla localizzazione degli impianti eolici, perfettamente in linea con quanto proposto dallo studio.

6.2.2. La forzatura del dato positivo attraverso il concetto di «paesaggio».

In questa vicenda, un ulteriore profilo di interesse è lo sviluppo di una prassi interpretativa adottata dall'amministrazione per rafforzare la conservazione dei valori paesaggistici e culturali espressi da un dato territorio.

Più esattamente, nella prassi della sovrintentenza si riscontra, anche nel periodo precedente l'adozione delle linee guida in oggetto, il radicamento di una tattica argomentativa adottata dall'amministrazione al fine di avvalorare le proprie decisioni negative circa l'istallazione di nuovi impianti eolici.

Si tratta dell'altra faccia della medaglia del fenomeno amministrativo di cui sopra che, in mancanza di validi strumenti, forza il dato positivo. Il grimaldello attraverso cui la pubblica amministrazione si appoggia per colmare la carenza di mezzi di tutela è la forte carica enfatica impressa al concetto di «paesaggio».

Com'è noto, l'art. 131 del Codice dei Beni culturali indentifica il «paesaggio» nel «territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni». La definizione normativa sintetizza pertanto in sé stessa l'evoluzione del concetto giuridico di paesaggio che, da Predieri in poi, fa proprio il tratto evolutivo, di trasformazione e di nesso tra profili culturali e profili naturalistici, giungendo a considerare il paesaggio come un «fatto fisico, oggettivo ma, al tempo stesso, un farsi un processo creativo e continuo, incapace di essere configurato come realtà o dato

immutabile»[114], cosicché la tutela del paesaggio consista «nel controllo e nella direzione degli interventi della comunità sul territorio»[115] perché il paesaggio è la «forma del territorio e dell'ambiente, creata dalla comunità umana che vi si è insediata, con una continua interazione della natura e dell'uomo»[116].

Rispetto a Predieri, perciò l'aderenza alle visioni precedenti schiacciava il concetto di paesaggio all'interno del concetto di «bellezze naturali», restringendo l'ambito della tutela alle sole aree di pregio paesaggistico e alle cose di interesse storico artistico[117].

A dispetto di questa concezione, ampiamente condivisa da dottrina e giurisprudenza[118], nel giudizio di compatibilità ambientale le autorità nazionali hanno nel tempo sviluppato

[114] A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, p. 16; ID, voce *Paesaggio*, in *Enc. Giur*., 1981, XXXI, p. 506.
[115] *Ibidem.*
[116] *Ibidem.*
[117] A. M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1967, I, p. 70; M. CANTUCCI, voce *Bellezze naturali*, in *Noviss. D. I*., II, Torino, 1968, p. 295. La tesi di Predieri, all'opposto, si basa su una diversa linea argomentativa, fondata «sull'utilizzazione della nozione di conformazione della proprietà privata nel combinato disposto degli artt. 9 e 42 della Costituzione», P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2004, p. 390. Quanto, invece, alla distinzione ambiente-paesaggio, si noti che, sebbene entrambi riferiti al territorio, la dottrina distingue il paesaggio dall'ambiente in virtù della "culturalità" del bene paesaggistico, rispetto a quegli aspetti del territorio riferiti ai profili chimico-fisici e biologici della matrici ambientali. Fondamentale resta l'elaborazione di M.S. Giannini che ha evidenziato, all'interno della nozione di ambiente, la convergenza di molteplici aspetti giuridici di cui ciascuno ha una specifica propria ed è in qualche modo connesso con il paesaggio. Senza pretesa di esaustività, i numerosi profili di raccordo tra paesaggio e ambiente sono trattati da M. S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15; M. S. GIANNINI, *Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e del territorio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, p. 479; S. GRASSI, voce *tutela dell'ambiente*, in *Enc. Dir*., Milano, 2007. Più diffusamente, cfr. F. MERUSI, *Sub art. 9 Cost*., in *Commentario della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, p. 465; A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, 1969, Vol. II, p. 387; M. IMMORDINO, voce *Paesaggio (tutela del)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, XV, Torino, 1995, p. 573; C. MALINCONICO, *I beni ambientali*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1991, V.
[118] Si ricorda Corte Cost.,29 dicembre 1982, n. 239 in cui si supera la visione tradizionale che identifica il paesaggio con la nozione di bellezze naturali: «la nozione accolta dalla Costituzione; questa all'art.9, comma 2, accomuna la tutela del paesaggio a quella del patrimonio storico e artistico e detta il suo precetto, come già ha rilevato parte della dottrina, ai fini di proteggere e migliorare i beni (culturali) suddetti e contribuire così all'elevazione intellettuale della collettività». O ancora, Corte Cost., 3 marzo 1986, n. 39 in cui si adotta una nozione ampia di paesaggio comprensiva di «ogni elemento naturale ed *umano* attinente alla forma esteriore del territorio». Per quanto concerne, invece, la giurisprudenza amministrativa, cfr. per tutti Cons. Stato, Ad. Pl., 14 dicembre 2001, n. 9. Inoltre, per quanto riguarda l'istallazione di impianti eolici, il Consiglio di Stato ha affermato che «quando vengono in rilievo opere infrastrutturali di grande impatto visivo [..] il paesaggio, quale bene potenzialmente pregiudicato dalla realizzazione di opere di rilevante impatto ambientale, si manifesta in una proiezione spaziale più ampia di quella riveniente dalla sua semplice perimetrazione fisica consentita dalle indicazioni contenute nel decreto di vincolo. In altri termini, il paesaggio si manifesta in tali casi quale componente qualificata ed essenziale dell'ambiente, nella lata accezione che di tale bene giuridico ha fornito l'evoluzione giurisprudenziale, anche di matrice costituzionale (tra le tante, Corte Cost. 14 novembre 2007, n. 378)», Cons. Stato, 26 marzo 2013 n. 1674.

un apriorismo acritico nei confronti della realizzazione di impianti eolici a fronte delle considerazioni per cui gli interventi «ricadevano in un ambito di rilevante interesse paesaggistico-ambientale e naturalistico pressoché *privo di qualsiasi intervento antropico* [..] le nuove costruzioni potevano comunque costituire motivo di *forte impatto ambientale*»[119].

Su questa linea, due sono le riflessioni estratte: i) il Mibac assume *tatticamente* l'argomentazione del paesaggio come valore assoluto inbilanciabile alla stregua dell'ambiente quando, in realtà, la concezione del paesaggio è mobile[120] per, ii) inserire e rafforzare un *interesse*, quale quello della integrità visuale, che nel caso di opere infrastrutturali di grande impatto visivo non è stato contemplato dal legislatore. L'enfasi posta sulla imprescindibile integrità e immodificabilità del paesaggio è, perciò, il risultato di una ipervalutazione delle esigenze di conservazione dei valori espressi dai beni protetti[121].

Se ne deduce che l'atteggiamento di chiusura dell'amministrazione si mostra attraverso lo sviluppo di una prassi che forza strategicamente la disciplina del paesaggio per convincere il giudice a considerare l'inserimento di un valore paesaggistico caratterizzato in una disposizione che ne è sprovvista.

[119] Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2005, n. 971.

[120] Tar Molise, sez. I, 23 giugno 2016, n. 281: «La regione ha espressamente affermato [..] di considerare insuperabile il dissenso espresso dalla Direzione regionale assumendo che i valori costituzionali oggetto della tutela del MIBAC non potessero essere bilanciati».

[121] Con riferimento a un impianto eolico sito in Sardegna posto in prossimità di una zona sottoposta a vincolo *ex lege* si legge che: «la realizzazione di impianti eolici comporterebbe la compromissione delle relazioni figurative tra patrimonio archeologico e contesto di giacenza, andando ad incidere irrimediabilmente sulle esigenze di conservazione e valorizzazione nonché sugli aspetti relativi alla leggibilità e fruibilità delle permanenze archeologiche. In queste aree infatti è da evitare ogni alterazione della integrità visuale e ogni destinazione d'uso non compatibile con le finalità di salvaguardia e di riqualificazione del contesto; le caratteristiche intrinseche, le lavorazioni e le modifiche strutturali associate alla realizzazione degli impianti eolici, comporterebbero un forte rischio antropico di intrusione, dominanza, destrutturazione e de-connotazione non compensabile a causa della limitatissima capacità di tali luoghi di accogliere i cambiamenti, per la forte significatività del rapporto esistente tra il bene archeologico e il suo intorno espresso sia in termini ambientali nonché di contiguità e di fruizione visiva».

CONCLUSIONI

Il quadro emerso dall'indagine consegna poche certezze e numerosi spunti di riflessione.

Il primo fra tutti è rappresentato da un diverso modo di leggere il *soft law*: da fenomeno settoriale, tipico e vivo unicamente in taluni ordinamenti, quali quello internazionale ed europeo, o in taluni ambiti, come quelli concernenti l'attività delle Autorità amministrative indipendenti, il *soft law* si presta a poter essere considerato fenomeno generale, onnipresente e, soprattutto, atavico.

Una seconda considerazione è data dal modo di presentarsi del *soft law*: si tratta di un fenomeno generale che si mostra attraverso manifestazioni "singolari" e *sui generis*.

Si è visto come la determinazione dei suoi caratteri abbia costituito un'operazione tutt'altro che agevole, poiché ha involto, come detto, i molteplici impieghi per i quali il *soft law* viene ad essere utilizzato.

Ciò nonostante, un primo spunto di riflessione è stato fornito dalla dottrina francese, che ha tentato una definizione unitaria del *soft law* ritrovandolo in tutti quegli atti che, dotati di un certo grado di formalismo, influenzano il comportamento altrui senza attribuire diritti o prescrivere obblighi. Conclusione, questa, del tutto coerente con l'innovativa premessa dogmatica che ricostruisce il paradigma della normatività al di fuori del classico schema precetto-sanzione.

Una non meno secondaria suggestione è poi procurata dalla propensione della giurisprudenza amministrativa d'oltralpe ad accogliere una concezione di «effetti» *lata*, comprensiva non soltanto degli effetti giuridici, ma anche di effetti economici.

All'opposto, sebbene la dottrina italiana non presenti lo stesso grado di avanzamento, si possono nondimeno ricavare alcuni suggerimenti dagli esigui contributi in materia, sicché, alla domanda su quale sia lo spazio del *soft law* nell'ordinamento amministrativo, si può affermare che esistano tre possibili prospettive per osservare il fenomeno in relazione agli effetti pratici che esso produce.

La prospettiva dell'analisi del *soft law* attraverso le categorie di atti con cui manifesta ha dimostrato la sua inadeguatezza a fronte del confronto del *soft law* con la figura più paradigmatica delle norme interne - quanto a coincidenza del modello normativo "ottempera o giustifica" - ovverosia la direttiva. Il *soft law*, invero, appare qualcosa di più laddove si prenda in considerazione il profilo funzionale: il *soft law* si sviluppa proprio in assenza di competenze chiaramente concesse e si giustifica in realtà per l'assenza delle stesse. All'opposto la direttiva si fa argine del potere discrezionale e pertanto non ne può prescindere.

Diversamente, aderendo alla prospettiva ordinamentale, che ha come presupposto teorico-dogmatico il concetto di ordinamento come «continua attività produttiva, come farsi e non come fatto» si giunge a rappresentare il *soft law* come forma concreta di un processo che ha come manifestazione ultima l'affermazione di un ordine di competenze distinto da quello composto dalle fonti formali.

Partendo da questo nuovo angolo visuale si è individuato un ulteriore percorso di indagine emerso dalla scelta di indagare come la pubblica amministrazione affronta un'assenza normativa: infatti, il pensiero in premessa è stato ritenere che, se l'amministrazione ha necessità di creare un ordine di competenze distinto da quello formale, la spinta motrice sia in realtà dettata dall'inadeguatezza degli strumenti formali a disposizione. Perciò, si è deciso di indagare come l'amministrazione recupera la carenza di strumenti e mezzi forniti dal dato positivo: un recupero che, si ritiene, avvenga atipicamente e informalmente.

Questa ipotesi di studio è stata fondamentale per suggerire lo spostamento dell'indagine dagli atti amministrativi all'azione amministrativa: invero, i punti di contatto tra attività amministrativa interna e *soft law* sono presenti nella misura in cui si consideri che entrambi sono creativi di uno spazio difficilmente sindacabile dalla giurisprudenza in quanto produttiva di effetti giuridici non propriamente intesi.

In questa ottica, si è visto che l'analisi della dottrina contemporanea sul tema dell'attività interna ha rivelato un elemento di indubbio interesse, ovverosia l'accostamento dell'attività interna all'agire amministrativo informale. In quest'ottica, si è notato come accanto agli indirizzi più tradizionali spicchino altresì le posizioni di chi individua nell'attività informale della pubblica amministrazione un proprio tratto pioneristico, da intendersi come quella

capacità di esprimere critica a una legislazione inadeguata e, talvolta, lacunosa. In particolare, si ritiene che la tendenza completiva dell'ordinamento in chiave informale possa essere conseguita attraverso lo sviluppo di prassi amministrative *praeter legem*, una delle modalità attraverso cui l'attività amministrativa interna è stata studiata.

L'ultimo appiglio all'ipotetico collegamento *soft law*- attività interna-informalità-prassi *praeter legem* va colto nella ricerca del fondamento dello stesso *soft law* e individuato nell'azione di coloro che determinano la prassi: gli organi amministrativi, compiendo una serie di azioni *praeter legem*, operano un giudizio di doverosità ovvero di opportunità della stessa poiché percepiscono la necessità di adottarla per realizzare un interesse concreto che non trova risposta nel dato normativo.

Si è perciò risolto che il processo concreto con cui gli enti pubblici agiscono al di fuori dei nitidi riferimenti normativi (il *soft law*) possa essere studiato attraverso la direzione indicata dalla prassi *praeter legem*.

Tutto ciò considerato, volendo in conclusione abbozzare una definizione del *soft law* permeata della specificità dell'ordinamento amministrativo lo si può forse spiegare come *una tecnica normativa raccomandatoria che si avvale di strumenti atipici impiegati da una pubblica amministrazione allorquando essa abbia necessita concreta di gestire una lacuna normativa e abbia come manifestazione ultima la trasformazione dell'assetto formale delle competenze* .

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.
- ALLEGRETTI, U., *Il pensiero amministrativistico di Giorgio Berti, in L'amministrazione capovolta. Studi sull'opera di Giorgio Berti*, (a cura di) G.C. DE MARTINI, Cedam, 2007.
- AMOROSINO, S., *Principi "costituzionali, poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in ID (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008
- AMORTH, A., *Efficacia esterna delle circolari amministrative*, in *Riv. it. dir. fin.*, 1941, 138.
- AMORTH, A., *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936.
- AMSELEK, P., *L'évolution général de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, in *Revue de droit public*, 1982.
- ARCIDIACONO, L., *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. Giur.*, vol. XV, Roma, 1989.
- AUBY, J., *Des directives aux «lignes directrices»*, *Droit Administratif*, 2014, n° 12.
- AUBY, J. B., *Prescription juridique et production juridique*, in *Revue de droit public*, 1998, p. 673.
- BACHELET, V., voce *Coordinamento*, in *Enc. Dir.*, vol. X, Milano, 1962.

- BALDASSARRE, A., voce *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. IX, 1988.
- BARONE, G., *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1980.
- BASSI, F., voce *Circolari amministrative*, in *Dig. disc. pubbl*., III, Torino, 1989.
- BASSI, F., *La norma interna: lineamenti di una teorica*, Milano, Giuffre, 1963.
- BIN, R., *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *federalismi.it*, 2018.
- BIN, F., *L'ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, vol. I, Napoli, 2009.
- BIN, F., *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, (a cura di) A. SOMMA, Giappichelli, 2009.
- BERTI, G., *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Rivista di diritto privato*, 2003.
- BERTI, G., *Il casuale nell'amministrazione pubblica*, in *Democrazia e Amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, (a cura di) G. Marongiu e G.C. De Martini, Giuffrè, 1992.
- BERTI, G.*, Il pensiero di Mortati e l'amministrazione*, in M. Galizia-P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990.
- BERTI, G., *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl*. 1992.
- BERTOLISSI, M., *Le circolari interpretative dell'Amministrazione finanziaria*, in *Rass. trib*., 1987, I.

- BENVENUTI, F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl*., I, 1950.
- BENVENUTI, L., *Prassi e consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, in in *Diritto Amministrativo*, vol. 2, pp. 227-251.
- BADURA, P., *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. Pubbl*., 1992, fasc.1.
- BOBBIO, N., *Comandi e consigli*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1961, pp. 369 ss.
- BOBBIO, N., *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Riv. int. fil. dir*., 1960, p. 79.
- BOBBIO, N., *Norma giuridica,* in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1956, vol. XI.
- BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958.
- BOMBARDELLI, M., *La semplificazione delle fonti e i suoi riflessi sul diritto amministrativo*, Relazione presentata al Convegno annuale AIPDA, *Le fonti nel diritto amministrativo,*. Padova, 9-10 ottobre 2015.
- BONELL, M.J., "*Lex mercatoria*", voce del *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, volume IX, Torino, Utet, 1993.
- BORCHARDT, G.; WELLENS, K., *Soft law in European Community Law*, in *European Law Reveue*, 1989, vol. 14, n. 5.
- BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione dei mercato*, 2016.
- BRECCIA, U., *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir*., 2006, n. 3.
- CAMMEO, F., *A proposito di circolari e istruzioni*, in *Giur. it*, 1920, III.

- CAMMEO, F., *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, p. 107 ss.
- CAMMEO, F., *Valore regolamentare di atti e istruzioni ministeriali*, in *Giur. It.*, 1900, III.
- CANTUCCI, M., *Bellezze naturali*, in *Noviss. D. I.*, II, Torino, 1968.
- CARBONNIER, J., *Droit flexible*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1992.
- CARLASSARRE, L., voce F*onti del diritto (diritto costituzionale*), in *Enc. dir.*, Annali, II.II, 536 ss.
- CARPENTIERI, P., *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004,
- CARULLO, A., *La prassi amministrativa*, Cedam, Padova, 1979.
- CARPENTIERI, P., *Paesaggio contro ambiente*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, n. 8.
- CASETTA, E., *Attività amministrativa*, in *D. Disc. Pubbl.*, I, Torino Utet, 1987.
- CASSESE, S.; L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2014.
- CASSESE, S., *Il diritto amministrativo globale: un'introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc.2, 2005.
- CASSIA, P., *Directives administratives ou lignes directrices? Une drôle d'affaire!*, *JCP Adm.*, 2014.
- CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, 1982.

- CESARINI SFORZA, W., voce *Ordinamenti giuridici (pluralità degli)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965.
- CATELANI, E., voce *Direttiva (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano, 2006.
- CATELANI, A., *Le circolari della pubblica amministrazione*, Milano, 1984.
- CYTERMANN, L., *Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence Crédit foncier de France*, in *RFDA*, 2013, n° 6.
- CIANFEROTTI, G., *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2011, 3.
- CHEVALLIER, J*., L'Etat posmoderne*, LGDJ, 2003.
- CHEVALLIER, J., *Vers un droit postmoderne*, in J. CLAM; G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, Recherches et travaux, 1998, vol. 5.
- CHITI, M.P., voce *Circolare amministrativa*, in *Enc. giur*., VI, Roma, 1988.
- CHITI, M.P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4.
- CLARICH, M., *Autorità indipendenti*, Bologna, 2005.
- CLARICH, M., *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Il Foro Amm*., 1984.
- CLAUDEL, E.; THULLIER, B., (dir.), *Le droit mou: une concurrence faite à la loi*, Parigi, Cedcace, 2004.
- CLEMENTE DI SAN LUCA, G., *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003.

- CLIQUENNOIS, M., *Que reste-t-il des directives? A propos du vingtième anniversaire de l'arrêt Crédit foncier de France*, *AJDA*, 1992.
- CONSEIL D'ÉTAT, *De la sécurité juridique*, Étude annuelle, 1991, Doc. n°43.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, Étude annuelle, 2013, Doc. n° 64.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Étude annuelle, 2006, Doc. n° 57.
- COLAO, F.; LACCHE', L.; STORTI, C.; VALSECCHI, C., *Introduzione. Il "governo per circolari": amministrazione e costituzione tra Otto e Novecento*, in *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, (a cura di) F. COLAO; L. LACCHE'; C. STORTI; C. VALSECCHI, Macerata, 2011.
- CONTE, A.G., voce *Ordinamento Giuridico*, in *Noviss. Dig. it*., XII, Torino, 1965.
- CONTICELLI, M., *Diritto e amministrazione nello spazio giuridico globale*, in *Riv. Trim. dir. pubbl*., fasc. 2, 2006.
- CORTESE, E., voce *Norma giuridica. II) Storia*, in *Enc. Giur*. XXVIII, 1978.
- COSTA, D., *Des directives aux lignes directrices: une variation en clairs-obscurs*, AJDA, 2015.
- COSTA, D., *La normatività graduata in diritto amministrativo francese: le linee direttrici*, in AIPDA. ANNUARIO 2015, *Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.
- CREPALDI, G., *Il regime vincolistico dei beni paesaggistici*, in R. FERRARA; M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014.

- CRESTI, M., *Le aree tutelate per legge*, in V. PIERGIGLI; A.L. MACCARI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio fra teoria e prassi*, Milano, 2006.
- CRISAFULLI, V., voce *Atto normativo*, in *Enc. dir*., IV, 1959.
- CRISAFULLI, V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir*., Milano, 1964, XIII.
- CRISAFULLI, V., *Principio di legalità e giusto procedimento,* in Giur. Cost., Milano, 1962.
- CRISAFULLI, V., *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *St. Urb*., 1939.
- DAMONTE, R., *Interessi soggetti a particolari prescrizioni* (artt. 152- 153), in A. M. SANDULLI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012.
- D'AMICO, M., *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 2018, fasc. 4.
- D'ALBERGO, S., voce *Direttiva*, in *Enc. del Diritto*, XII, Milano.
- DE BECHINOLL, D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit?,* Odile Jacob, Paris.
- DE PRETIS, D., *A proposito di "Verwaltungsrechtliche dogmatik" di Eberhard Schmidt-Assman. Una dogmatica "riformata" nel diritto amministrativo*, in *RTDP*, 2015.
- DE VALLES, A., *Tendenze in giurisprudenziali in tema di circolari*, in *Foro it.*, 1943, I.
- DELLA CANAREA, G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.

- DELMAS-MARTY, M., *Le flou du droit: du droit pénal aux droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2004.
- DEODATO, G., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.it*, 2016.
- DI ROBILANT, A., *Genealogies of Soft Law*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2013, n. 58, 217.
- DOGLIANI, M., *Indirizzo politico*, in *Disc. Pubbl*., VIII, Torino, Utet, 1993.
- DUPUY, R.J., *Droit declaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la "Soft Law", L'elaboration du droit international public*, 1975.
- DWORKIN, R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.
- DURANTE, N., *Il procedimento autorizzativo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: complessità e spunti di riflessione, alla luce delle recenti linee guida nazionali*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011 n. 2-3.
- ESPOSITO, G., *Il sistema amministrativo tributario italiano*, Milano, 2017.
- FALZEA, A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, Giuffré, 1965, 445.
- FERRARESE, M., voce *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. Giur*., Annali, IV, Milano, 2011.
- FERRARESE, M. F., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, 2002.
- FERRARESE, M. F., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

- FERRARESE, M. F., *Soft law. Definizioni e funzioni,* in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, (a cura di) A. SOMMA, Giappichelli, 2009.
- FRANSONI, G., *La parabola normativa e giurisprudenziale del contraddittorio*, in V. UCKMAR (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario, atti preparatori*, Atti del Convegno, Padova, 2016, vol. III.
- FROMONT, M., *Le principe de sécurité juridique*, *A.J.D.A.*, 1996.
- FOIS, S., *Legalità (principio di),* in Enc. Dir., XXIII, Milano, 1973.
- GALLI, G.; CALIGIURI, M., *Come si comanda il mondo. Teorie, volti, intrecci*, Rubettino, 2017.
- GARRI, F., *Le circolari amministrative*, in *Ammin. It*., 1972.
- GAVAZZI, G., *Effettività (principio di)*, in. *Enc. Giur. Treccani*, XII, 1989.
- GIANNINI, M.S., *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973.
- GIANNINI, M.S. voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir*., vol. III, Milano, 1958.
- GIANNINI, M.S., voce *Circolare*, in *Enc. Dir*., VII, Milano, 1960.
- GIANNINI, M.S , *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970.
- GIANNINI, M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988.
- GIANNINI, M. S., *Introduzione al diritto costituzionale: lezioni svolte nell'anno accademico 1983-84*, Bulzoni, Roma, 1984.
- GIANNINI, M.S., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Tr. Dir. pubbl*., 1958.
- GIANNINI, M.S., *Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e del territorio,* in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1975.

- GIANNINI, M.S., *Regolamento (in generale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 602.
- GIANNINI, M.S., *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, pp. 319 ss., ora in *Scritti*, vol. IX, Milano, 2006.
- GIANO, T., *Dal soft law moderno al soft law antico*, in *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, (a cura di) A. SOMMA, Giappichelli, 2009.
- GIRIODI, L.M., *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, 1900.
- GRASSI, S., voce *tutela dell'ambiente*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2007.
- GUASTINI, R., voce *Ordinamento Giuridico*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino 1995, p. 433.
- GUASTINI, R., voce *Interpretazione dei documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, XVII, Roma, 1989.
- GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993.
- GUASTINI, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU A., MESSINEO F., Milano, 1998.
- GROSSI, P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007.
- GROSSI, P., *Santi Romano: un messaggio da ripensare nell'odierna crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.2, 2006.
- GROSSI, P., *Ritorno al Diritto*, Editoria Laterza, 2015.

- HACHEZ, I., *Balises conceptuelles autour des notions de «source du droit», «force normative» et «soft law»*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010.
- IMMORDINO, M., voce *Paesaggio (tutela del)*, in *Dig. Disc. pubbl*., XV, Torino, 1995,
- IRTI, I., *Significato giuridico dell'effettività*, Editoriale Scientifica, 2009.
- IRTI, I., *L'età della decodificazione*, Giuffè, 1979.
- ITALIA, V., *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016.
- LAVERGNE, B., *Recherche sur la soft law en droit public français*, L.G.D.J., 2012.
- LEDDA, F., *Elogio della forma scritta da un anticonformista*, in *Foro Amm*., 2000, fasc. 9-10.
- LEVI, F., *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir*., XXIV, Milano, 1974.
- LONGO, E., *La mutazione del potere di direttiva del Presidente del Consiglio nella prassi più recente*, in S. PAJNO; G. VERDE (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto*, Milano, 2009.
- LOVISOLO, A., *Sulla c.d. "utilità" del previo contraddittorio endoprocedimentale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2016, n. 2.
- MALINCONICO, C., *I beni ambientali*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1991, V.
- MARCHI, voce *Gerarchia*, in *Nuov. Dig. It*., vol. VI, Torino, 1938.
- MARTINES, T., voce *Indirizzo politico*, in *Enc. dir*., XXI, Milano, Giuffrè, 1971.
- MARONGIU, G., *L'Attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, CEDAM, 1989.

- MARRELLA, F., *La nuova "lex mercatoria". Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2003.
- MAZZAMUTO, M., *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in Diritto amministrativo, 2015, pp. 684-742.
- MERUSI, F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'alternanza"*, Milano, 2001.
- MERUSI, F., *Sub art. 9 Cost*., in *Commentario della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975.
- MERUSI, F.; CLARICH M., voce *Direttiva*, in *Enc. giur*., vol. XI, Roma, 1989.
- MERUSI, F., *Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1972.
- MODUGNO, F., *E' ancora possibile parlare di un sistema delle fonti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it
- MODUGNO, F. *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997.
- MODUGNO, F., voce *Norma (Teoria generale)*, in *Enc. Dir*., XXVIII, Milano,1978.
- MODUGNO, F., voce *Positivismo giuridico*, in *Enc. Dir*., XXXIV, Milano.
- MONATERI, P.G., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, in www.sisdic.it
- MORBIDELLI, G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm*., 2007.

- MORBIDELLI, G., *Sugli effetti giuridici della soft-law*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016.
- MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952.
- MOSTACCI, E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, 2008.
- NIGRO, M., *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968.
- NIGRO, M., *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966.
- ORLANDO, V.E., *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900.
- ORLANDO, V.E., *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 833 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1992.
- OST, F., *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo. Estratti da Il tramonto della modernità giuridica: un percorso interdisciplinare*, (a cura di) M. VOGLIOTTI, Torino, Giuppichelli, 2013.
- RAGUCCI, G., *Il contraddittorio nei procedimenti tributari*, Torino, 2009.
- RAGUCCI, G., *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. trib.*, 2015.

- RAMAJOLI, M., *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2018, n. 2.
- RAMAJOLI, M., *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016.
- RAMAJOLI, M., *Soft law e ordinamento giuridico*, in *Diritto amministrativo*, 2016.
- RAMAJOLI, M.; TONOLETTI, B., *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto amministrativo*, 2013, n. 1/2, p. 53-115.
- RESCIGNO, G.U., *Note per la ricostruzione del sistema delle fonti*, in *Dir. pubb*., 2002, 819.
- ROMANO, S., *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, pp. 27 ss., ora in ID., *Scritti minori*, Milano, 1950, II.
- ROMANO, S., *Il potere disciplinare nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it*., 1989, IV, 273.
- ROMANO, S., *Interpretazione evolutiva,* in S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.
- ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico,* Firenze, 1962.
- ROMANO, S., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1950.
- ROMANO, S., *Osservazioni Preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Scritti Minori*, 1990.

- ROMANO TASSONE, A., *La normazione secondaria,* in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo,* I, IV ed., 2005.
- RUGGERI, A., *E' possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?,* in «*Itinerari*» *di una ricerca sul sistema delle fonti*, XII, Torino, 2009.
- SACCO, R., *Antropologia giuridica*, Mulino, 2007.
- SAITTA, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, in *scritti in onore di Franco Bassi*, 2015, I.
- SALEMI, G., *Le circolari amministrative*, Torino 1913.
- SANDULLI, A.M., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970.
- SANDULLI, A.M., *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur*. ed., 1967, I.
- SANDULLI, A.M., *Natura giuridica ed effetti della imposizione dei vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1961.
- SANTANIELLO, G., *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963.
- SARCONE, V., *La direttiva amministrativa quale atto di conformazione dell'esercizio del potere pubblico*, Roma, 2012.
- SATTA, F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969.
- SELDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Pub Ltd, 2004.

- SILVESTRI, E., *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 3 ss.
- SIMON, H.A., *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1958.
- SCIULLO, G., *La Direttiva nell'ordinamento amministrativo: profili generali*, Fiorini, 1989.
- SCIULLO, G., *Tre variazioni in tema di direttiva amministrativa*, in *Jus*, 1990.
- SCOCA, F.G., voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir*., Agg. VI.
- SNYDER, F., *Soft law and institutional pratice in the European Community Law*, in MARTIN S. (a cura di), *The construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noël*, Dordrecht, 1994.
- SORDI, B., *La ricerca giuridica in Germania. Un rinnovato invito al colloquio*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2014, fasc.1, 101.
- SORDI, B., *Decostruzioni e ricostruzioni: le ultime fatiche della scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2017, fasc.2, 310.
- SORRENTINO, F., *Fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) G. SANTANIELLO, Cedam, 2007.
- STELLA RICHTER, P., *Il sistema delle fonti nella disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. urb*., 1989, 609.
- STIRN, B., *La dispersion des normes, RDP*, 2017, n° 1.
- PACTEAU, B., *La sécurité juridique, un principe qui nous manque*?, *A.J.D.A*., 1995.

- PADULA, C., *Considerazioni in tema di fonti secondarie atipiche*, in *Dir. pubb.*, 2010.
- PAULIAT, H., *La contribution du droit souple au désordre normatif*, *RDP*, 2017, n° 1.
- PALADINI, L., *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, 1996.
- PAMPANIN, V., *Autorizzazione integrata e regolazione ambientale*, Aracne, 2014.
- PARIOTTI, E., *"Soft law" e ordine giuridico ultra-statuale tra "rule of law" e democrazia*, in *Ragion Pratica*, 2009, fasc. 1.
- PASTORE, B., *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, (a cura di) G. PINO, V. VILLA, in *Rule of law. L'ideale della legalità,* Bologna, 2016, 169.
- PERRONE, A., *La questione del contraddittorio endoprocedimentale tributario innanzi alla Corte costituzionale: un'occasione mancata*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, fasc. 4.
- PIANESI*, La prassi nell'organizzazione amministrativa,* in *Amm. Civ.*, 1960.
- PICOZZA, E., *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione, Padova,* 1988.
- PIGA, F., voce *Prassi amministrativa, in Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985.
- PIOVANI, P., *Effettività (principio di effettività),* in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 429.
- PINO, G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars Interpretandi*, IV, 2011.

- PIZZORUSSO, A., *Delle fonti del diritto – art. 1-9,* in A SCIALOJA; G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, 1977.
- PIZZORUSSO, A., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?,* in *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti*, XII, Torino, 2009, 433 ss.
- PIZZORUSSO, A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione,* Torino, Giappichelli, 2008.
- POLICE, A., *La predeterminazione dell'attività amministrativa: gradualità e trasparenza nell'esercito del potere discrezionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1977.
- PREDIERI, A., voce *Paesaggio*, in *Enc. Giur*., 1981, XXXI.
- PREDIERI, A., *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, 1969, Vol. II.
- PREDIERI, A., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969.
- PROTTO, M., *L'amministrazione informale*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.
- PROSDOMICI, L., *La formazione dell'unità giuridica medievale,* in *Questioni di storia medievale*, (a cura di) E. ROTA, Milano, 1946.
- PUTTNER, G., *Lo Stato di diritto informale,* in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1992, fasc.1
- RANELLETTI, O., *La consuetudine come fonte di diritto pubblico interno*, in *Rass. dir. pubbl*., 1913, I.
- RANELLETTI, O., *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.
- TARELLO, G., voce *Codice. I) Teoria generale*, in *Enc. Giur*., VI, 1988.

- TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, in A. CICU; F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1980.
- TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Mulino, 1976.
- TARELLO, G., voce *Realismo Giuridico*, in *Noviss. dig. it* , XIV, Torino, 1961, 923-933.
- TARULLO, S., *Buona prassi e continuità nell'amministrazione pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 1-2, 2013.
- TENTIOLI, O., *Circolari e Istruzioni*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1959.
- TESAURO, F., *In tema di invalidità dei provvedimenti impositivi e di avviso di accertamento notificato* ante tempus, in *Rass. trib*., 2013.
- THIBIERGE, C., *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013.
- THIBIERGE, C., *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruxelles, Parigi, 2009.
- THIBIERGE, C., *Le droit souple*, in *Rev. trim. dr. civ*., 2003, p. 599.
- THURER, D., *The role of soft law in actual process of European integration*, in O. JACOTGUILLARMOD, P. PESCATORE (a cura di), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Schultess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1990.
- TONOLETTI, B., *L'accertamento amministrativo,* Cedam, Padova, 2001.
- TONOLETTI, B., *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2015, n. 2/3, pp. 389-432.

- TORCHIA, L., *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, fasc.1.
- TRIMARCHI, M., *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016.
- TRIVELLIN, M., *Art. 97 Cost.*, in G. FALSITTA, A. FANTOZZI, G. MARONGIU, F. MOSCHETTI (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie*. *Diritto costituzionale tributario e Statuto del contribuente*, Tomo I.
- VALAGUZZA, S., *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016.
- VERBANI, G.B., *L'attività amministrativa (interna) nello Stato liberale*, in *N. Rass*., 1970.
- VIGOUROUX, C.; J. RICHARD, *Du droit «mou» au droit «souple»*, *AJDA*, 2013.
- VIPIANA, P. M., *L' autolimite della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990.
- WALINE, M., *L'autolimitation du pouvoir discretionnaire par des directives*, note sous l'arrêt Crédit foncier de France, in *Rev. dr. pub*., 1971.
- WEIL, P., *Vers une normativité relative en droit international?*, in *Revue générale de droit international public*, 1982.
- ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZANOBINI, G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1924.
- ZANOBINI, G. , *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. di dir. pubbl*., 1915, II.

- ZILLER, J., *La tutela degli interessi finanziari della collettività nello Stato membro dell'Unione Europea,* in Atti del 63° Convegno di Studi Amministrativisti, Varenna, 2017.

.