



M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law-forme, contenuti, limiti e tutele*, Giappichelli, 2018, pp. 254*.

Ll volume di Maria Esmeralda Bucalo “*Autorità indipendenti e soft law-forme, contenuti, limiti e tutele*” descrive in maniera chiara e completa la rilevante portata che stanno assumendo, sempre più nel nostro ordinamento, gli atti di *soft-law* delle Autorità amministrative indipendenti, tema che negli ultimi tempi ha suscitato un notevole interesse sia per gli addetti ai lavori, sia per gli interpreti.

Nel lodevole intento di ricostruire i caratteri distintivi degli atti normativi delle Autorità indipendenti, l’Autrice ne premette una trattazione generale inquadrandoli come atti di *soft-law* richiamando, in tal modo, le teorie generali sulla *soft law* e il problema del loro inquadramento nel sistema delle fonti.

Il volume solleva diversi spunti di riflessione in ordine al rapporto tra la *soft law* e le Autorità Amministrative Indipendenti. È innegabile infatti, e ciò si evince distintamente dalla trattazione dell’Autrice, la rilevante portata che stanno assumendo nel nostro ordinamento gli atti di *soft-law* provenienti dalle Autorità amministrative indipendenti.

La lettura del volume consente di cogliere, dall’analisi del potere normativo e paranormativo delle Autorità indipendenti, l’eterogeneità e l’atipicità degli strumenti di *soft law* individuabili in numerosi atti normativi quali, ad esempio, gli atti di *moral suasion* dell’AGCM, le linee guida ANAC, le istruzioni della Banca d’Italia, le comunicazioni della CONSOB, gli orientamenti interpretativi dell’ISVAP e della COVIP, le risposte ai quesiti del Garante per la Protezione dei dati personali.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Come già anticipato, quindi, questa attività normativa delle Autorità Amministrative indipendenti offre all’Autrice numerosi spunti per riflettere sull’inquadramento, più in generale, della soft law nel sistema delle fonti.

La *ratio* della pubblicazione è mostrare il fluire del diritto sempre più verso nuovi centri di produzione giuridica diversi dallo Stato che meglio rispondono, come emerge dalle parole del Prof. Pitruzzella contenute nella prefazione al volume, a “*snellire, modernizzare e rendere più efficiente la produzione normativa in settori economici caratterizzati da forte dinamismo*”; risultato che è raggiunto a pieno mediante gli strumenti di soft law che, soprattutto attraverso le raccomandazioni e le linee guida, hanno il pregio di innovare il sistema, consentendo al contempo di adeguare immediatamente la normativa ai cambiamenti sociali ed economici che necessariamente si impongono ed anche alle sollecitazioni che arrivano dall’Europa.

L’indagine si snoda lungo cinque capitoli.

Il primo è dedicato alla soft law come fonte del diritto, il secondo ai poteri normativi delle Autorità, il terzo, il quarto e il quinto capitolo agli atti delle tre Autorità indipendenti.

Il primo capitolo è dedicato alla soft law e in particolare al suo ruolo nel sistema delle fonti, al fine di chiarire come si è giunti a ritenere imprescindibile il ricorso a fonti di diritto soft per i settori che sono “custoditi” e garantiti dalle Autorità.

Quindi, allo scopo di inquadrare gli strumenti di soft law delle Autorità, l’Autrice si sofferma sull’approfondimento di tale categoria giuridica. La soft law viene definita dalla Bucalo come “*un fenomeno controverso dell’ordinamento giuridico*”, affermando proprio che approcciarsi a un tema come quello della soft law pone lo studioso di fronte ad un primo problema di carattere definitorio poiché “*entro i confini di tale locuzione possono annoverarsi una molteplicità di atti e procedimenti*”.

L’Autrice fornisce un’analisi articolata dell’evoluzione della soft law prima internazionale ed europea e, poi, intraprende l’accidentato percorso di ricostruire la soft law come istituto di portata generale del nostro ordinamento e, descrivendone le caratteristiche, la qualifica come una vera e propria fonte del diritto.

L’Autrice quindi presuppone che la soft law sia una fonte del diritto a tutti gli effetti (al punto da precisarlo addirittura nel titolo di un capitolo), aderendo alla posizione di chi colloca la soft law nel sistema complesso delle fonti e, più precisamente, di coloro che inquadrano il “diritto morbido” come una “fonte del diritto di fatto”.

L'Autrice però, prima di porre in risalto le caratteristiche dei singoli atti di soft law delle Autorità, si pone l'obiettivo di ricostruire la categoria giuridica della soft law, quale vero e proprio nuovo fenomeno del diritto, contenitore ampio ed indistinto di atti eterogenei che l'Autrice definisce “*atti non vincolanti, quanto ad effetti formali e a sanzionabilità*”.

Altro aspetto di rilievo concerne la valorizzazione all'interno del volume, del principio di effettività come veicolo per inserire la soft law nel sistema delle fonti. In altri termini l'analisi viene condotta presupponendo una strutturazione dell'ordinamento fondata sul principio di effettività, che salda diritto e società e così giustifica la funzione normativa di taluni fatti che divengono norme di produzione extralegislativa e consente di valutare il peso nell'ordinamento delle fonti *extra ordinem* che, come viene ben messo in luce nella prima parte del volume, producono norme non assistite da sanzioni, ma aventi comunque una loro propria capacità persuasiva.

La capacità dell'Autrice di fornire una panoramica unitaria della problematica, impone di analizzare congiuntamente gli spunti più interessanti che derivano dalla lettura del secondo capitolo (dedicato ai poteri normativi delle Autorità all'interno della cornice del diritto *souple*) del terzo, quarto e quinto capitolo (che riguardano, rispettivamente, l'analisi della soft law rispetto agli atti delle tre Autorità indipendenti, ovvero l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l'Autorità Nazionale Anticorruzione e la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, in particolare sull'approfondimento dei poteri normativi).

Nel volume l'Autrice dichiara di fare una scelta ben precisa: limitare il campo d'indagine agli atti di soft law delle Autorità Indipendenti.

È interessante richiamare sul punto prima di tutto il parallelo che l'Autrice fa tra soft law e Autorità Indipendenti poiché le pone su uno stesso piano di “indefinitezza”: entrambe, infatti, sono eterogenee e di difficile qualificazione e inoltre, seconda caratteristica comune, sono atipiche, ovvero si discostano dai canoni tradizionali, le une, degli atti normativi e, le seconde, dagli organi dell'amministrazione tradizionalmente intesi.

Se da un lato la *soft law* si discosta dai canoni tradizionali degli atti normativi, dall'altro le Autorità Indipendenti si differenziano dal modello organizzativo tipico di amministrazione gerarchica. Entrambe sono prive di una vera legittimazione costituzionale (le Autorità non hanno una fonte che le legittimi espressamente in Costituzione, gli atti di soft law hanno un incerto ruolo nel sistema delle fonti).

È a partire da questo carattere comune che si fa spazio il collegamento tra Autorità e *soft law*.

Con tale accostamento, l'Autrice fa spazio al collegamento tra Autorità e *soft law*, spiegando così che date queste caratteristiche comuni, dalle Autorità non potevano che promanare atti *soft*, essendo tutte e due prive di una vera legittimazione.

Relativamente alla scelta delle tre Autorità, l'Autrice ne spiega la *ratio* data dalla copiosa attività paranormativa e dalla loro collocazione quali custodi di settori delicati sotto il profilo economico e sociale. Successivamente, nei tre paragrafi dedicati, si segnalano le funzioni paranormative poste in capo all'AGCM, mediante, in particolare l'uso della *moral suasion*; le funzioni più precisamente normative dell'ANAC, dando uno spazio considerevole della trattazione ai profili inerenti le linee guida vincolanti o meno; ed infine viene svolta un'analisi dei poteri normativi e paranormativi della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, rispetto ai quali, afferendo diritti costituzionalmente rilevanti, si impongono delle esigenze di bilanciamento.

Gli atti delle Autorità, quali appunto pareri, raccomandazioni, linee guida, codici deontologici, sono ritenuti vincolanti nel senso che, pur non essendo produttivi di effetti giuridici in modo diretto, (e tuttavia, come già sosteneva Predieri, “*non sono irrilevanti nel mondo giuridico*”) sono caratterizzati tuttavia dall'essere “*di fatto vincolanti*”.

Tale *vincolatività di fatto* ha una doppia derivazione: la prima consistente nel provenire da soggetti diversi da quelli che comunemente pongono in essere atti normativi ma dotati del necessario grado di autorevolezza che rende vincolanti gli atti che emanano; la seconda, che deriva dall'intrinseca capacità di obbligare, più o meno direttamente, a quanto in esse contenuto.

Tralasciando le diverse teorie sul generale inquadramento e la qualificazione delle Autorità quali soggetti paracostituzionali, è rilevante richiamare la loro eterogeneità e diversificazione in relazione proprio all'esercizio dei loro poteri normativi e paranormativi.

Infatti, gli atti delle Autorità prescrivono regole di condotta che gli interpreti hanno definito “*astratte e generali, conformative per l'avvenire dei rapporti interpretati*”, risultano innovativi dell'ordinamento poiché introducono peculiari regole tecniche necessariamente applicabili. Correlativamente, l'aspetto che contribuisce a caratterizzare la *soft law* di una *vincolatività di fatto* è proprio l'impossibilità di disciplinare un settore tecnico senza il loro ausilio e, quindi, la

loro vincolatività è direttamente legata alla necessità da parte del Legislatore di farvi ricorso.

Inoltre l'Autrice mette in luce come gli atti delle Autorità (per esempio, le linee guida Anac), siano capaci di essere, a tutti gli effetti, uno strumento di produzione giuridica, pur non essendo dotate di una vera e propria prescrittività, non atteggiandosi nel concreto come indicazioni prescrittive e vincolanti, bensì come consigli. A ciò si contrappone, come è emerso nella prassi, la loro indiretta capacità di imporsi come indicatori di un comportamento obbligatorio e vincolante.

Sotto il profilo della legittimazione degli atti normativi, come affermato dalla Bucalo, si tratta spesso, come nell'ipotesi degli atti che provengono dalle Autorità Indipendenti, di atti definiti quali *fonti recettive del fatto*. In tal caso, infatti, sia la categoria giuridica e sia colui che regola i settori specifici mediante tali strumenti, ovvero disciplina determinate materie, risultano legittimati dalla *ratio* pratica che risiede oggi nella *soft law*, la quale, in altri termini, è data dalla sua evidente indispensabilità in settori del mercato, quali le comunicazioni o la concorrenza che necessitano di una disciplina "morbida" e flessibile nonostante la rilevanza del bene tutelato dall'Autorità.

Dalla lettura del volume si evince distintamente che non è possibile enucleare dei caratteri comuni agli atti delle Autorità perché si tratta di atti eterogenei per eccellenza, ma ciò che li inquadra quali strumenti di *soft law* è sicuramente la rilevanza del loro nucleo sostanziale rispetto alla cornice formale in cui sono iscritti. Presentano inoltre, oltre a una finalità specifica e a una funzionalizzazione diretta alla tutela del bene che l'Autorità deve "custodire", anche la capacità di completare la norma primaria. Tale capacità si esplica sia attraverso un rinvio da parte della legge, sia nel loro utilizzo quale unico veicolo mediante cui la legge può essere applicata. In tal senso, gli atti delle Autorità risultano necessari realizzando un vero e proprio sistema di fonti che, come precisa anche la Bucalo, "*produce risultati normativi*".

Gli atti dell'ANAC, ad esempio, sono sicuramente, per l'Autrice, espressione di un risultato "*normativo*", laddove si tratta di modelli regolativi flessibili assegnati dalla legge a colui che, Autorità indipendente, le emana proprio sulla base dell'indipendenza esercitata, al fine di soddisfare le necessarie esigenze di garanzia, con la partecipazione di coloro che possono essere incisi direttamente dall'atto.

In conclusione dall'analisi del volume della Bucalo, e quindi degli atti di *soft law* emanati dalle Autorità Indipendenti, si evince che ormai sembra sempre più imperare la regola secondo cui, laddove risulti difficile legiferare, può essere più

opportuno normare con atti di *soft law* piuttosto che non normare, sempre in attesa che si possa procedere a fissare eventuali regole pienamente vincolanti.

Chiara Ingenito