



GIOVANNA DE MINICO

LA *SOFT LAW*: NOSTALGIE E ANTICIPAZIONI

1. *Il tema*

La *soft law*¹, concetto ad ombrello², abbraccia atti eterogenei nelle funzioni, autorità e procedure, omogenei nell'inefficienza a creare diritto oggettivo, cioè norme di comportamento vincolanti per tutti. Quindi, se il destinatario del diritto debole è il cittadino europeo, questi non vanterà pretese azionabili in giudizio; se è lo Stato membro, non sarà tenuto ad adeguare la normativa nazionale a quanto suggerito nell'atto. In entrambi i casi mancano gli effetti propri delle fonti vincolanti del diritto europeo³.

Pertanto, la *s.l.* è uno spazio nel quale convivono regole a genesi autoritativa con precetti di produzione spontanea, i quali si incontrano sul terreno comune della non imperatività delle loro indicazioni, pur nella diversità dei rispettivi procedimenti di formazione.

a) Precisamente, le regole istituzionali si risolvono in un catalogo ampio di strumenti a disposizione di soggetti autoritativi dell'ordinamento comunitario: la Commissione, con competenza tendenzialmente generale (art. 249 del TCE), e il Consiglio, con competenza speciale, cioè nei soli casi espressamente previsti in sede pattizia.

* Scritto per il volume di Astrid, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2008.

¹ D'ora in poi l'espressione sarà indicata con l'acronimo: *s.l.*

² L. Senden, *Soft law in European community law*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, p. 110.

³ In tema, si veda il cap. XVII di questo commentario di V. Cerulli Irelli - F. Barazzoni.

b) Le regole sociali, vale a dire i codici di condotta, sono contemplate unicamente dalle *secondary sources of legislation*, cioè la loro norma sulla produzione giuridica non è nei Trattati, bensì negli atti normativi vincolanti del diritto comunitario. A differenza della *s.l.* autoritativa, sono un esempio di diritto endogeno, in quanto regole dettate spontaneamente dalla collettività sociale di riferimento, la quale è il soggetto attivo dell'atto, in quanto autore dei precetti, ma, al tempo stesso, anche quello passivo, come regolato. Questa particolare figura di *s.l.* comunitaria è debole, sia nel regime giuridico, perché i suoi precetti non sono assistiti da sanzione, che nel procedimento di formazione, il quale nasce e si chiude in basso a differenza del primo, nato in alto ed eseguito in basso⁴.

Altri autori invece hanno privilegiato una classificazione della *s.l.* in ragione della sua norma sulla produzione giuridica; da qui la sua bipartizione in atti tipici - raccomandazioni e pareri - dove la tipicità coincide con la sua previsione in una disposizione pattizia *ad hoc* (art. 249 TCE, ora art. 249 TFUE); e atipici, non aventi titolo nei Trattati, ma nelle fonti normative secondarie del diritto comunitario: quali risoluzioni, conclusioni, dichiarazioni, comunicazioni e altri ancora ideati dalla prassi comunitaria.

Infine, non è mancata nella letteratura scientifica una classificazione⁵ ordinata per funzione, secondo la quale la *s.l.* può essere a) preparatoria alla normazione (es. i libri verdi o bianchi), se diretta ad annunciare un programma normativo futuro; b) interpretativa della normazione (es. le comunicazioni), se indica all'interprete un possibile significato da assegnare alla regolazione comunitaria già esistente; e, infine, c) orientativa delle condotte statuali (es. linee guida, raccomandazioni), se sollecita

⁴ Sull'interazione tra i due tipi di *s.l.*, cioè quando quella sociale viene recepita in forma autoritativa, ma non vincolante, assumendo le vesti di una raccomandazione, si vedano da ultimo: L. Senden, *Soft law, self-regulation and co-regulation in European law: Where do they meet?*, in <http://www.ejcl.org/>; E. Svilpaite, *Legal evaluation of the selected new models of governance: the conceptualization of self-and co-regulation in the European Union legal framework*, in www.eu-newgov.org.

⁵ Sul tema si consulti la manualistica italiana più recente: L. Ferrari Bravo - E. Moavero Milanesi, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1997²; G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2005, 4 ed.; G. Strozzi, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale: dal Trattato di Roma alla Costituzione Europea*, Torino, Giappichelli, 2005³; G. Gaja, *Introduzione al diritto comunitario*, nuova ed. riv. e agg., Roma, GLF editrice Laterza, 2007.

gli Stati membri all'operosa cooperazione per la realizzazione di obiettivi di politica comune o all'armonizzazione delle rispettive legislazioni, risultati questi, conseguibili grazie alla forza della persuasione politica, argomento spesso più convincente del dovere giuridico di *compliance*⁶.

2. Il regime giuridico

Messe da parte le classificazioni dell'istituto, ritorniamo a riflettere sul suo specifico: l'assenza di forza legale. L'attributo in negativo è sinonimo di prescrizioni non vincolanti, la cui esecuzione è affidata alla buona volontà del destinatario; in positivo⁷, è di meno della cogenza degli atti *binding*, e di più della mera irrilevanza. La letteratura in argomento⁸ usa la formula «indirect legal effects», che possiamo tradurre sinteticamente come giuridicità riflessa. Proviamo a rendere l'espressione meno evanescente.

Verso gli Stati, gli atti in oggetto producono doveri, che, distanti in punto di diritto dagli obblighi giuridici di trasposizione e di adeguamento, possono però nei fatti risultare non meno stringenti dei primi; infatti, in taluni casi atti di diritto debole possono indurre gli Stati a uniformarsi ai suggerimenti indicati, diversamente gli Stati

⁶ R. Manfrellotti, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 192, il quale sembra però non accorgersi del fatto che la politicità dell'atto è l'unico argomento convincente e, come tale, prevalente sulla libertà degli Stati membri di non conformarsi ai suggerimenti indicati.

⁷ P. Craig e P. de Búrca, *EU Law. Text, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 4^a ed., p. 86: «Article 249 EC states clearly that recommendations and opinions are to have no binding force. While this precludes such measures from having direct effect, it does not immunize them from judicial process».

⁸ In proposito, si vedano: F. Snyder, *Soft law and interinstitutional practice in the European community*, in *The Construction of Europe: essays in honour of Emile Noël*, edited by S. Martin, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 198, dove l'Autore, pur negando al diritto mite la cogenza, riconosce che «nevertheless may have practical effects»; D. Thürer, *The role of soft law in the actual process of European integration*, in *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, edited by O. Jacot – Guillaumont – P. Pescatore, Zurigo, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, p. 131, nel quale si chiarisce che il diritto *soft* riguarda «commitments which are more than policy statements but less than law in its strict sense. They all have in common, without being binding as matter of law, a certain proximity to the law or a certain legal relevance»; C.A. Morand, *Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire*, *CDE*, vol. 6, 1970, n. 2, p. 626 ss.

sarebbero esposti al rischio di un'azione di infrazione. La giurisprudenza comunitaria però ritiene che la difformità della normativa nazionale dai suggerimenti indicati in un atto di *s.l.* sia di per sé insufficiente ad avviare tale azione, a meno che l'atto in questione non abbia previsto un determinato obbligo di leale collaborazione su talune materie. Alla cogenza *tout court*⁹ degli atti in oggetto, in forza del dovere generico di *loyalty* al quale sono tenuti gli Stati membri, si è sostituita un'imperatività giurisprudenziale¹⁰, costruita sul dovere puntuale di cooperazione imposto agli Stati dal diritto mite. Ma anche questa lettura è poco convincente per l'incompatibilità in termini assoluti della *s.l.* con un qualsivoglia dovere di *compliance*, generico o specifico che sia.

Quindi, atti presentati come *soft* si sono poi rivelati *hard* nel contenuto, in quanto non si limitavano più a consigliare agli Stati condotte alle quali sarebbe stato auspicabile conformarsi¹¹, ma creavano veri e propri doveri giuridici da osservare, sanzionandone l'inottemperanza¹². È questo il caso della *s.l.* di ultima generazione, si pensi, ad esempio, agli atti emessi a seguito del pacchetto regolativo in materia di comunicazioni elettroniche¹³: in particolare, alle Linee guida della Commissione¹⁴, relative ai criteri di valutazione dell'operatore con notevole potere di mercato, o ancora alla Raccomandazione, sempre della Commissione, dell'11 febbraio 2003¹⁵, relativa all'identificazione dei mercati rilevanti suscettibili di regolazione *ex ante*. Si

⁹ Caso 61/77 Commissione v. Irlanda [1978] ECR 417; Caso 32/79 Commissione v. Regno Unito [1980] 2403; Caso 804/79 Commissione v. Regno Unito [1981] 1045.

¹⁰ Per questa lettura del dovere di *compliance* completato con la previsione di uno «*specific duty of loyal cooperation*», si vedano le pronunce: Caso 229/86 Brother Industries, in «Eur. comm. rep.», 1987, p. 3757; Caso 186/85 Commissione v. Belgium, in «Eur. comm. rep.», 1985, p. 2029.

¹¹ Questi atti di *soft*, che potremmo definire di prima generazione (vedi, ad esempio, la raccomandazione della Commissione 97/489/CE, concernente la transazione degli strumenti elettronici di pagamento) collegavano all'inosservanza delle linee guida indicate nell'atto - non già una sanzione, intesa come effettiva reazione sfavorevole dell'ordinamento alla condotta trasgressiva - ma la minaccia dell'adozione di un atto legislativo in caso di insoddisfacente osservanza di quanto consigliato.

¹² Per un più approfondito esame del tema sia consentito il rinvio a G. De Minico, *Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?* in *I "tre codici" della società dell'informazione*, a cura di P. Costanzo - G. De Minico - R. Zaccaria, Torino, Giappichelli, 2006, p. 185 ss.

¹³ Cfr. Direttive: 2002/21; 2002/20; 2002/19, 2002/22/EC.

¹⁴ In *O.J.* 2002 C165/06.

¹⁵ In *O.J.* 2003 L. 114/45.

tratta di atti *soft* solo nel nome, perché l'art. 7 della direttiva 2002/21 stabilisce la prevalenza di questi ultimi sugli atti nazionali difformi, assegnando alla Commissione il potere di vietare le decisioni contrarie adottate dalle Autorità nazionali di regolazione.

L'abbinamento del veto alla raccomandazione determina appunto questa alterazione della funzione orientativa della raccomandazione, la quale si comporta non diversamente da un atto *binding* quanto all'imposizione agli Stati dell'obbligo di *compliance* alle sue statuizioni con tutto ciò che ne consegue. Con la sola differenza che in questo caso l'imperatività con il suo effetto conformativo non si realizza in prima battuta, ma grazie a una sequenza di atti: raccomandazione e veto, in danno dell'economicità dei mezzi giuridici. Si tratta di un caso assolutamente nuovo di sanzionabilità per violazione del diritto mite, il quale finora non aveva mai osato collegare un atto *binding* all'inosservanza dei suoi precetti, con ciò violando tanto il principio della corrispondenza della forma dell'atto al suo regime giuridico, che quello di tassatività delle fonti vincolanti con l'introduzione surrettizia di una nuova fonte del diritto.

Nei casi prima ricordati la distanza dalla *hard* si riduce a una questione di mera forma, cioè di autorità competente all'adozione dell'atto e di relativo procedimento, stante l'equivalenza di effetti tra le due fonti, il che pone una domanda: è legittima la *hard law* vestita da *soft* ?

3. I punti critici di legittimità della soft law: dai Trattati vigenti al Trattato di Lisbona

Questo uso disinvolto della *s.l.* è stato reso possibile dall'assenza nei Trattati (quelli ancora vigenti) della regola della corrispondenza biunivoca tra competenza legislativa e atti normativi vincolanti. È accaduto infatti, che la Commissione, pur disponendo di competenza normativa su una data materia, non la abbia esercitata,

preferendo presentare comunicazioni invece di proposte di direttiva a contenuto, non meramente interpretativo, ma innovativo dell'ordine giuridico. Questa prassi non si giustifica con il principio di proporzionalità, perché esso nel privilegiare lo strumento regolativo più snello rispetto a quello più articolato impone il rispetto del riparto di attribuzioni tra i poteri dell'Unione. Queste riflessioni in punto di diritto inducono a ricercare sul piano dei fatti le ragioni dell'abuso del diritto: la Commissione dinanzi alla difficoltà di raggiungere l'accordo con le altre istituzioni, indispensabile all'emanazione dell'atto vincolante, ripiega su una comunicazione para-legislativa.

Pertanto, la *s.l.* fungibile con la *hard* ha messo a dura prova l'equilibrio istituzionale, perché ha spostato il baricentro dal Parlamento all'Esecutivo comunitario, ridisegnando di fatto le sfere di competenza tra i due soggetti in termini inediti, e, come tali, illeciti perché introdotti *extra-ordinem*, cioè al di fuori della procedura di revisione dei Trattati, l'unica legittimata a farlo.

L'ordinamento comunitario ha tentato di arginare questa impropria surrogazione tra atti e, quindi, tra istituzioni, grazie al pragmatismo del giudice comunitario, che ha optato da tempo per un'impostazione sostanzialistica¹⁶ degli atti sottoponibili al suo riesame, includendovi anche gli atti non vincolanti quando al difetto di cogenza formale corrispondeva una sostanziale vincolatività negli effetti. La Corte però non ha sempre contrastato questa prassi illecita perché ha alternato a pronunce di annullamento per violazione del principio di competenza interno¹⁷ sentenze confermatrici degli atti in questione.

Vediamo ora se, e cosa, cambierà con il Trattato di Lisbona.

L'art. 2, par. 1 e 2, del nuovo TFUE sembrerebbe porre l'equazione competenza normativa (esclusiva o concorrente)/atti vincolanti, sottraendo così alla

¹⁶ La Corte di Giustizia nel delimitare l'oggetto del suo sindacato (art. 230 TCE), l'atto, ha preferito un criterio sostanziale a uno formale; per cui atti, quali, quelli di *soft law*, in punto di diritto estranei alla categoria dell'art. 230, vi rientrano se produttivi di effetti giuridici. In proposito, per un'ampia rassegna giurisprudenziale, si veda G. Falcon, *La tutela giurisdizionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M. Chiti - G. Greco, parte generale, tomo II, Milano, Giuffrè, 2007², pp. 716 ss.

¹⁷ Casi 1 e 14/57 *Usines à Tubes de la Sarre v. High Authority* [1957] ECR 105, p. 114; Casi 90-91/63 *Commissione v. Lussemburgo e Belgio* [1964] ECR 625, a p. 631.

discrezionalità del decisore la scelta tra strumenti *binding* e non, posto l'obbligo di ricorso ai primi in caso di esercizio della funzione normativa.

E se il tenore dell'art. 2, par.1: "Quando i Trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti" non si può dire del tutto univoco, la lettura dell'art. 253 del TFUE, per cui "Qualora i Trattati non prevedano il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità", offre argomenti a conferma dell'interpretazione qui proposta. Ne consegue che se una norma del TFUE già contempla un atto giuridicamente vincolante, la scelta del tipo di misura da adottare è ormai compiuta nella previsione pattizia, la quale rappresenta la base giuridica *ad hoc* dell'atto *binding*.

Quindi, il TFUE asciuga sensibilmente l'ambito materiale della *s.l.*, concentrandolo nei settori dove l'Unione ha competenza per azioni di sostegno, di coordinamento o di completamento (art. 2, par. 5, TFUE), rispetto ai quali il diritto mite diventa lo strumento di intervento privilegiato, ma non esclusivo. Infatti, in questi casi l'autorità potrà scegliere tra il diritto debole e la regola forte, lasciando che sia il criterio di proporzionalità a definire l'alternativa. E secondo tale parametro il decisore dovrà commisurare contenuto e forma dell'azione a quanto strettamente necessario per il raggiungimento degli obiettivi dei Trattati. Infine, questa scelta sarà guidata da un ulteriore parametro: il rispetto della sfera di azione del decisore nazionale, nel senso che la misura regolativa, vincolante o meno, non si dovrà sostituire integralmente alle competenze degli Stati membri nel settore in oggetto, come conviene alle regole a copertura parziale. La complementarietà è la misura di un corretto rapporto tra *s.l.* e diritto statale (art. 2, par. 5 del TFUE), la fungibilità invece collocherebbe il primo fuori della legalità comunitaria per azzeramento della discrezionalità politica del decisore nazionale.

Ancora altre ragioni sostengono la nostra interpretazione dell'art.2.

Il Trattato di Lisbona persegue, tra gli altri obiettivi, quello di potenziare il ruolo del Parlamento; ne sia prova la correzione dell'asimmetria tra Consiglio e Parlamento, relativa al processo legislativo, a favore di quest'ultimo. Ora se la *s.l.* potesse sostituirsi agli atti vincolanti, essa annullerebbe il vantaggio acquisito dall'Assemblea elettiva nel processo decisionale, perché la Commissione, dinanzi alla difficoltà di raggiungere l'intesa tra Consiglio e Parlamento, non esiterebbe a ricorrere a una comunicazione *ultra vires*, la quale, col pretesto di chiarire il significato di diritti e obblighi esistenti, ne introdurrebbe nuovi, con ciò bypassando il legislatore europeo.

Infine, si consideri un ulteriore argomento. Gli artt. 2 e 249, par.3, TFUE consegnano all'Unione un sistema di atti giuridici tipizzati nella forma, nel senso che essi intanto partecipano al regime degli atti legislativi, in quanto osservino la prescritta procedura. Le due disposizioni, pertanto, rappresentano per la Corte di Giustizia il riferimento normativo certo nel giudizio di annullamento degli atti di *s.l.* illegittimi per inosservanza della regola sull'abbinamento tra forma e regime giuridico. Pertanto, il giudice comunitario potrà finalmente abbandonare le ardite costruzioni dell'invalidità per alterazione o degli equilibri istituzionali o dell'ordine orizzontale delle competenze, bastandogli a tal fine il solo riferimento all'art. 249A.

In sintesi, la suggerita interpretazione chiude il cerchio offrendo una norma completa di precetto e sanzione in difesa della corrispondenza competenza normativa/atti vincolanti, regola che, unitamente ad altre, partecipa al progetto del revisore europeo di dotare l'Unione di un sistema di fonti accostabile a quelli degli Stati nazionali pur nel rispetto delle peculiarità del primo.

La tesi opposta¹⁸, quella che legge nell'art. 2 TFUE la possibilità di scelta tra strumento vincolante e diritto debole, contraddice gli sforzi di razionalizzazione del

¹⁸ A. Poggi, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, Relazione presentata al Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Catania, Ottobre 14-15, 2005 «L'integrazione dei sistemi costituzionali Europeo e nazionale», in www.associazionedeicostituzionalisti.it, offre un'interpretazione riduttiva della norma - si tratta ovviamente non delle disposizioni del TFUE, ma di analoga norma, l'art. I-12 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa - nel momento in cui afferma che la "la competenza esclusiva [...] comporta solo che atti legislativi e giuridicamente vincolanti possano essere adottati dall'Unione mentre gli Stati membri possano

sistema delle fonti, obiettivo che non si risolve nella mera codificazione e procedimentalizzazione, richiedendo altresì il divieto di intercambiabilità tra *hard* e *soft*, nel senso che ciò che è conseguibile con la prima non è nella disponibilità della seconda.

4. *Un nuovo disegno conforme alla legalità comunitaria?*

a) La lettura da noi suggerita degli artt. 2 e 253 T.F.U.E. consente che si possa considerare affermata la regola della corrispondenza tra atti normativi e competenza regolativa. Rimane però aperta la questione se il nuovo disegno delle fonti non vincolanti sia in grado di accrescere il tasso di democraticità dell'Unione. A tal fine infatti, sarebbe stato opportuno riconoscere al Parlamento un ruolo consultivo nella formazione del diritto mite, consentendogli di accompagnare gli Esecutivi comunitari alla decisione regolativa. Al tempo stesso, la partecipazione del Parlamento¹⁹ avrebbe avuto il senso di un intervento cautelare, perché volto a evitare con un parere negativo il pericolo di impiego della *s.l.* su materie di competenza normativa di altri soggetti dell'Unione, in particolare del Parlamento stesso. Quindi, si sarebbe trattato di una partecipazione in prevenzione di un futuro illecito comunitario, senza pregiudizio del diritto del Parlamento di adire la Corte a illecito consumato per rimuovere l'atto violativo delle sue competenze.

Si sarebbe potuto pensare a un ulteriore accorgimento, in aggiunta al contributo consultivo: il diritto di iniziativa legislativa del Parlamento, almeno nei casi in cui nonostante il suo parere contrario, l'atto di *s.l.* fosse stato ugualmente adottato ma con una motivazione insufficiente sulle ragioni della sua preferenza rispetto allo strumento legislativo. Nella situazione da noi ipotizzata il diritto di iniziativa del

adottarli autonomamente solo se autorizzati dall'Unione [...]. Nei settori in cui essa è prevista, peraltro gli strumenti di azione dell'Unione previsti nella correlativa Parte III non sono necessariamente atti legislativi o giuridicamente vincolanti».

Già sul tema L. Azzena, *Il sistema delle competenze dell'Unione europea*, in www.astrid-online.it, che qualifica indifferente il tipo di atto adottato rispetto al tipo di competenza esercitata, p. 25.

¹⁹ L. Senden, *Soft law in European community law*, cit., p. 502.

Parlamento opererebbe da deterrente al pericolo di abuso di *s.l.*; mentre in caso di abuso consumato sarebbe un'efficace sanzione per la violazione del dovere di cooperazione interistituzionale, in forza del quale «each institution exercises its powers with due regard for the powers of the other institutions and that breaches of this rule can be penalized»²⁰.

I nuovi Trattati però omettono ogni riferimento al Parlamento, sia come titolare del potere di consulenza che di quello di iniziativa legislativa, il che penalizza piuttosto che accrescere il tasso di democraticità del processo decisionale europeo, mostrando tutti i limiti di una *s.l.* a vocazione democratica solo nelle intenzioni.

b) Una domanda di democraticizzazione si pone però anche rispetto alla *s.l.* a genesi spontanea - per intenderci quella da noi descritta alla lett. *b)* del par. 1 – in quanto la provenienza sociale non è da sola la risposta a questa esigenza, a meno che i nuovi Trattati indichino, tra le condizioni minime di legittimità, il coinvolgimento paritario di tutte le parti sociali toccate dalle future regole. Ma i Trattati non si occupano affatto dell'autoregolazione, e il loro silenzio può pertanto essere interpretato come tacito assenso all'involuzione del “diritto contrattato a genesi sociale” in un processo regolativo unilaterale, cioè egoisticamente orientato, essendo mancato l'accordo come momento compensativo delle contrapposte pretese sociali²¹.

²⁰ L. Senden, *Soft law and its implications for institutional balance in the EC*, in <http://ssrn.com7abstract0991550>, p.85

²¹ Volendo cfr.: G. De Minico, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, Giappichelli, 2005, in part. il cap. IV.

Né le fonti vincolanti²² del diritto comunitario, che la contemplano, hanno saputo rimediare a questo errore di impostazione; esse infatti, hanno proposto un'autoregolazione affidata ad una sola delle parti del conflitto sociale, di regola quella *well structured and well funded*, richiedendo al più alla controparte l'espressione del suo punto di vista su di un'ipotesi normativa da essa non progettata e passibile di perfezionamento anche contro il proprio volere. È evidente la distanza che corre tra ciò che è in concreto un codice di condotta e ciò che dovrebbe essere in base a quel modello astratto di autoregolazione negoziata che nei nuovi Trattati è mancato. Infatti, parlare - come fa la normativa UE - di partecipazione del soggetto sociale debole non significa dire che quest'ultimo abbia titolo a sedere al tavolo delle trattative con gli stessi diritti e poteri dell'altro. Se così fosse, il suo consenso sarebbe indispensabile al perfezionamento dell'accordo quanto quello della parte forte. Ciò assegnerebbe all'atto di autoregolazione coordinate strutturali del tutto nuove: non più quelle dell'unilateralità corretta dal metodo partecipativo, bensì della plurilateralità equiordinata. Ed è solo questa la modalità in grado di assicurare un risultato normativo di equilibrato contemperamento dei contrapposti interessi. Ma sul punto, ripetiamo, i nuovi Trattati tacciono.

Peraltro, si ritiene che la compatibilità comunitaria dei codici di condotta dipenda dall'osservanza di ulteriori condizioni soggettive e oggettive, le quali - unitamente alla regola della struttura plurilaterale del negozio regolamentare - ne costituiscono il parametro di legittimità. Innanzitutto, il codice di condotta deve poter

²² In proposito, si veda la Direttiva 1995/46 CE, che all'art. 27 prevede la possibilità per le associazioni maggiormente rappresentative nel settore del trattamento dei dati personali a scopi professionali di farsi promotrici di codici comunitari *ad hoc*. L'iter di questi codici è sì aperto alle contrapposte associazioni dei consumatori, cioè ai soggetti cui i dati personali si riferiscono, ma il loro intervento è mortificato nell'angusta posizione del consulente, e non in quella, più adeguata al loro status, di coautori dell'atto autoregolativo in considerazione del fatto che saranno proprio loro a doverlo osservare. All'art. 27 ha dato seguito la BECA, associazione europea del marketing indiretto, che ha elaborato il primo codice di settore, tenendo in parte conto delle osservazioni della BEUC (una delle associazioni europee dei consumatori) consultata in proposito.

Anche la dottrina più sensibile a questo tema si è limitata a richiedere una *s.l.* a genesi unilaterale corretta dalla partecipazione: vedi G.H. Howell, '*Soft law*' in *EC consumer law*, in *Lawmaking in the European Union*, edited by P. Craig - C. Harlow, London, Kluwer Law International, 1998, p. 311. Ma non si capiscono i motivi per cui si debba costruire un modello errato in principio per poi correggerlo in parte solo in seguito.

esibire la sua norma sulla produzione giuridica, cioè una disposizione di *hard law* che conferisca il potere normativo ad autorità private in quanto nel caso in esame la *s.l.* è esercizio, non della libertà di contrarre, nonostante la forma privatistica dell'atto, bensì della funzione regolatoria, temporaneamente delegata dal soggetto pubblico europeo ai privati esponenziali degli interessi di categoria *affected* dalle future regole. Il ricorso alla delega consente all'atto negoziale di sostituire all'efficacia relativa del contratto l'operatività *erga omnes* delle fonti: questi codici infatti, vincolano la categoria sociale di riferimento, ancorché più ampia della base associativa che si autoregola.

Ma sarà proprio il parallelismo con la delega a imporre ai codici di condotta ulteriori condizioni di compatibilità comunitaria: limiti posti dai Trattati, nonché limiti desumibili dai poteri del delegante.

Quanto ai primi, il legislatore comunitario nel conferire il potere ai privati dovrà orientarlo verso fini desiderati: gli obiettivi di *public policy* consegnati nella norma fondativa del potere. L'eterodeterminazione dei fini comporta la complementarietà dell'atto privato con quello autoritativo che lo precede, titolo attributivo di competenza, ma soprattutto disciplina generale della materia, rimessa all'autoregolazione per gli ulteriori sviluppi. In questa sequenza il codice diventa atto «secondario», nel senso che deve seguire il discorso politico avviato dall'atto autoritativo, al quale compete porre i principi, cioè ciò che sta all'inizio. Anche un importante documento comunitario²³ declina la relazione tra l'atto legislativo comunitario e quello regolativo privato in termini di gerarchia «A legislative act serves as the basis for a co-regulation mechanism will indicate the possibile extent of co-regulation in the area concerned», e ancora «co-regulation means the mechanism whereby a Community legislative act entrusts the attainment of the objectives defined by the legislative authority to parties.. », e, nel porre specifiche preclusioni all'autoregolazione, vieta ad essa di intervenire sulle questioni che implicano scelte

²³ European Parliament-Council-Commission, *Interinstitutional agreement on better law-making*, 2003/C 321/01, in part. *Cons.a* nn. 18 e ss. Da ultimo, conferma questo set di condizioni minime di legittimità comunitaria per la *s.l.* privata: Commissione Europea, *Relazione della Commissione "Legiferare Meglio 2006"*, 14^a Relazione, COM (2007) 286 def.

politiche «co-regulation...will not be applicable where... important political options are at stake».

Ma i limiti alla funzione normativa del privato rappresentano anche la misura dei poteri residuali del delegante: tra questi, quello di ritirare la delega perché lo spazio politico del legislatore successivo non può essere compresso da quello precedente, il che equivale a riconoscere al privato un potere fisiologicamente temporaneo²⁴. Inoltre, abbiamo visto che il delegante potrà intervenire *ex ante* sulla funzione delegata per orientarne gli sviluppi, nonché *ex post* per correggerne, all'occorrenza, gli esiti. Il fatto che l'atto privato ripeta le sue condizioni di legittimità da quello pubblico è perfettamente coerente con la divisione del lavoro normativo tra legislatore comunitario e cittadini dell'Unione: precisamente, al primo competono le scelte politiche di fondo, ai secondi la loro attuazione nel rispetto delle condizioni poste dal decisore politico. A questa ripartizione dei compiti corrispondono titoli differenti di imputazione della responsabilità: precisamente, di tipo politico per il legislatore comunitario, giuridico per i privati che si autoregolano. Nel caso in cui invece, i privati introducessero diritto in via originaria e iniziale, rimarrebbero esenti da responsabilità per le scelte politiche compiute, mancando un mandato elettivo da rimuovere o da non rinnovare. Né è sostenibile che la responsabilità civile per danni, alla quale il privato non si sottrae, sia equivalente alla responsabilità politica, perché con quest'ultima si contesta, non la liceità di una condotta, bensì l'opportunità di un'opzione politica, a prescindere dalla legittimità della decisione che la contiene²⁵.

In sintesi, i nuovi Trattati hanno regolato al minimo i due modelli di *s.l.* Hanno contrastato l'abuso di *s.l.* istituzionale con la regola della corrispondenza atto vincolante/compito normativo, ma non hanno seguito l'indicazione del mandato di Laeken prima, e di Bruxelles dopo, di semplificare Istituzioni e mezzi. Risultato

²⁴ J. Ziller, *Constitutional boundaries to self-regulation: a comparative appraisal*, in *Reframing self-regulation in European private law*, edited by F. Cafaggi, Londra, Kluwer Law International, 2007, a p.150.

²⁵ Nel senso criticato nel testo cfr.: F. Cafaggi, *Rethinking private regulation in the European regulatory space*, in *Reframing self-regulation in European private law*, edited by F. Cafaggi, cit., a p. 39, che compensa l'illegittimità comunitaria della *s.l.* equiordinata alla *h.l.* con la responsabilità civile per danni.

conseguibile con poche, ma chiare prescrizioni. Prima tra tutte, quella procedurale di apertura del *rule-making* a favore dei soggetti estromessi: il Parlamento da coinvolgere in sede consultiva sul progetto.

In secondo luogo, i Trattati avrebbero dovuto richiedere la visibilità esterna del percorso ideativo degli atti di *s.l.* in modo tale da assicurarne la scrutinabilità cancellando l'attuale equazione diritto *soft*/diritto opaco.

Per quanto riguarda la *s.l.* privata, i Trattati avrebbero dovuto disegnare un modello essenziale di diritto dei privati, ponendo quelle condizioni minime di legittimità di cui si è detto, a garanzia di un'autoregolazione eterodiretta e, al tempo stesso, sottratta alle decisioni contingenti del legislatore europeo.

Pertanto, la nuova formulazione dell'art. 253 TFUE (che ha sostituito il corrispondente articolo del TCE) è insoddisfacente²⁶ perché non costruisce il parametro di legittimità del diritto mite, ma si limita a normativizzare il principio giurisprudenziale della preferenza degli atti legislativi, ove avviati, rispetto a quelli di *s.l.* Rimangono pertanto aperte, e cioè irrisolte, le questioni relative alla mancata attuazione dei principi di democraticità e di procedimentalizzazione del diritto mite; mentre l'equilibrio istituzionale sarebbe finalmente protetto dalla regola della corrispondenza funzione normativa/atto *binding*, sempre che si accolga l'interpretazione da noi indicata.

²⁶ In termini opposti A. Poggi, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., che valuta positivamente la sistematizzazione riservata dal Trattato agli atti di *soft law*, in ragione della previsione degli obblighi di motivazione e di proporzionalità. Di avviso contrario, M. Luciani, il quale rileva - in *Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea*, Relazione presentata al Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Catania, Ottobre 14-15, 2005, in www.associazionedeicostituzionalisti.it - che i due ricordati principi potranno al più soddisfare un'esigenza di legalità formale, rimanendo inadeguati a «erogare prestazioni soddisfacenti in termini di rendimento democratico». Noi riteniamo che gli elementi necessari e sufficienti per ricondurre la *s.l.* alla legalità sostanziale siano nelle condizioni illustrate nel testo, per cui motivazione e proporzionalità potranno servire al più alla causa della legalità formale.