

Complessità della rete e *soft law*

Network complexity and *soft law*

Baldassare PASTORE*

RESUMEN: El Derecho contemporáneo está caracterizado por la complejidad, ya que funciona a través de la articulación de fuentes de diversos orígenes y autoridades en un contexto desestructurado, fragmentario y fluido con una estructura que sigue el modelo de la "red". En este escenario, el *soft law* cobra relevancia y se produce una relativización del principio de tipicidad de las formas. El orden jurídico existe en la relación que conecta múltiples actos normativos, diversamente vinculantes. La regulación *hard* y *soft* refleja una articulación compleja de las fuentes. La identificación de fuentes jurídicas y su interpretación están vinculadas en una dinámica continua de positivización.

PALABRAS CLAVE: complejidad del derecho; modelo de la red; fuentes del derecho; positivización jurídica; *soft law*.

ABSTRACT: Complexity characterizes contemporary law, which works through the articulation of sources of several origins and authoritativeness in an unstructured, fragmentary, fluid context with a network frame. In this scenario, *soft law* becomes relevant. It produces a relativization of the principle

* Professore ordinario di Filosofia del diritto nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara, Italia. Contacto: baldassare.pastore@unife.it Fecha de recepción: 17/01/2024. Fecha de aprobación: 01/02/2024.

of typicality of the forms, The legal order exists in the relationship that connects multiple normative acts, diversely binding. Hard and soft regulation reflects a complex articulation of sources. Identification of legal sources and interpretation are linked in an on-going dynamic of positivization.

PALABRAS CLAVES: Complexity of Law; Network; Sources of Law; Legal Positivization; Soft Law.

I. INTRODUZIONE

Profondi sono stati i mutamenti che hanno segnato, in questi decenni, il paesaggio giuridico, sconvolgendo il cardine sul quale si reggeva. È entrato in crisi il monismo legislativo e ciò ha prodotto la messa in discussione della raffigurazione formalistica e oggettualistica del diritto, inteso come insieme predefinito, compiuto, di regole valide¹. La crisi del *legalismo* ricade sulla configurazione del sistema, centrato sull'unitarietà e verticalità gerarchica della produzione giuridica², e costruito sulle linee semplici e regolari di un insieme normativo fondato sulla legge, essenziale criterio di orientamento nella varietà delle fonti. La gerarchia, che supporta il postulato della esclusività statale del diritto, opera come ordinazione delle fonti e come individuazione di un sistema già definito di prevalenza di una fonte su un'altra. La metafora della fonte allude all'immagine della sorgente da cui si assume scaturiscano le norme giuridiche in quanto componenti essenziali del diritto. Secondo la definizione tradizionale sono fonti del diritto di un ordinamento gli *atti* (i documenti) e i *fatti* (i comportamenti accertabili) "abilitati a costituire l'ordinamento stesso, ponendo in essere e rinnovando le norme che lo compongono"³.

Considerare il diritto positivo oltre i confini della legge significa riconoscere che diversi soggetti, distribuiti nei diversi ambiti

¹ Siamo qui all'interno di quelle che Ronald Dworkin ha definito "teorie semantiche del diritto", rivolte a identificare i criteri di validità del diritto. Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, pp. 31-44. Le teorie positivistiche vi rientrano, differenziandosi tra loro nell'individuazione degli elementi decisivi per la validità.

² Tale modello trova nella teorizzazione gradualistica kelseniana la sua più chiara configurazione. Cfr., ad esempio, KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, pp. 123-136; KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960, pp. 228-239.

³ PALADIN, L., *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1998³, p. 117.

funzionali in cui si articola l'esperienza giuridica (legislatori, giudici, giuristi, funzionari pubblici, privati cittadini), sono chiamati a cooperare nella produzione del diritto, che, così, si struttura come un insieme articolato, complesso, formato da varie componenti: un'impresa collettiva plurale, in continua elaborazione e in costante adattamento.

Il diritto si compone di materiali normativi, dotati di diversi gradi di determinazione, che devono essere lavorati a fini applicativi. Si configura come un processo dinamico di azioni e decisioni, suscettibili, a loro volta, di ulteriori specificazioni e concretizzazioni. Si è in presenza di una moltitudine di fonti regolative e di una molteplicità di soggetti che, a vari livelli (infranazionale, nazionale, sovranazionale, internazionale, transnazionale), producono regole, le quali, peraltro, assumono diverse consistenze prescrittive.

II. UN DIRITTO COMPLESSO

Il paesaggio giuridico odierno appare segnato da fenomeni di de-tipizzazione e pluralizzazione delle fonti. Il diritto assume un carattere multicentrico, ipertrofico, frammentato. La sua struttura copre i diversi ambiti della società in modo sempre più pervasivo e tende a diventare molto estesa, ramificata. Al diritto si chiede di governare la molteplicità dei rapporti e delle relazioni di vita, le diversificate situazioni riguardanti gli interessi, le identità, i valori. All'esplosione del molteplice, che peraltro determina una riframmentazione del soggetto di diritto, la cui unicità e astrattezza costituiva un postulato cardine del diritto moderno, corrisponde la complessità del quadro normativo, dovuta all'aumento dei centri di produzione giuridica, alla moltiplicazione delle fonti, ai mutamenti nella configurazione delle materie regolate.

Il diritto assume un carattere proteiforme, che ridisegna l'assetto delle fonti. Alla *semplicità* tipica del diritto dell'età della codificazione (con la sua identificazione nella legge, perno del sistema, attorno al quale ruota tutto l'insieme delle fonti) si sostituiscono

insiemi normativi non più esclusivamente *legislativi*, ma *costituzionali*, complicati dalla presenza di un policentrismo dei luoghi di produzione normativa che si collocano “oltre lo Stato”. Peraltro, le molteplici fonti interne si trovano a concorrere con fonti sovranazionali (si pensi, guardando al vecchio continente, alla penetrante incidenza del diritto dell’Unione Europea) e con il diritto globale, in uno scenario che manifesta la fine della pretesa di “esclusività-impenetrabilità” dell’ordinamento e che rende il diritto intricato. Il pluralismo delle fonti, ciascuna delle quali è in rapporto di interrelazione con le altre, favorisce la complessità.

Si va configurando, dunque, un paesaggio giuridico poroso, pluralistico, dotato di una inerente *polinormatività*, caratterizzato da coesistenze, interferenze, condizionamenti reciproci tra settori e livelli normativi di diversa origine. Il confronto tra plessi normativi, nel *continuum* tra diritto “infra-nazionale” e diritto “ultra-nazionale”, mette in moto meccanismi in forza dei quali l’interprete si trova ad applicare la regola tratta da una o l’altra fonte considerata maggiormente idonea a soddisfare le esigenze avanzate dal caso.

La complicazione del diritto contemporaneo richiede che gli atti normativi non siano concepiti come entità discrete e distinte, ma come componenti di insiemi interconnessi. L’interprete interviene per isolare il quadro degli enunciati usati per ritrovare la norma. Così, di fronte a un caso, al fine di qualificare un comportamento o una situazione, un enunciato spesso entra in gioco in connessione con altri enunciati. È compito dell’interprete ritagliare, all’interno del discorso delle fonti, quel segmento, costituito da enunciati ai quali viene attribuito un significato in relazione al caso singolo da qualificare secondo il diritto⁴.

Segmentare le fonti, ricomporle per trarne enunciati e attribuire loro un significato configurano operazioni implicanti scelte,

⁴ Cfr. TARELLO, G., *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 31.

decisioni, utilizzo di tecniche ermeneutiche, riferimenti a prassi, che sostengono le attività sistematorie degli interpreti.

A questo segmento può essere dato il nome di “micro-sistema”⁵. Esso è, propriamente, il prodotto di incastri, combinazioni, ricomposizioni, compiuti dagli interpreti, tra enunciati normativi riguardanti la stessa materia, al fine di istituire relazioni rilevanti o necessarie per l’interprete stesso.

“Micro-sistema”, pertanto, è termine che indica un insieme di enunciati delle fonti relativi ad un istituto giuridico, ad una certa materia, spesso contenuti in più documenti normativi, individuati dall’interprete, a seguito di un’attività ricostruttiva che li unifica e ordina entro una medesima *ratio*, dopo aver attribuito loro un significato. Il micro-sistema costituisce la “base enunciativa”, prodotta a seguito di una selezione, nell’ambito della classe degli enunciati giuridici validi, tra quelli che si ritiene producano conseguenze normative in rapporto ad un caso specifico⁶. Riferirsi ai micro-sistemi diventa sempre più rilevante, posto che gli apparati legali odierni sono dispersi in miriadi di disposizioni tratte da fonti disparate, non sempre coordinate, e presentano incoerenze, che rendono necessario un costante intervento ordinatore.

Gli interpreti, in presenza di una pluralità, spesso disordinata, di fonti, devono previamente individuare il “dato” cui riferire il lavoro di attribuzione dei significati e qui il momento della scelta è rilevante. Dall’individuazione delle fonti, a seguito della loro selezione, deve ricavarsi, attraverso l’interpretazione, la regola da applicare al caso concreto. Al tradizionale compito di trarre la

⁵ PASTORE, B., “Casi, micro-sistemi, principi nel disordine delle fonti”, in CHIASSONI, P., COMANDUCCI, P., RATTI, G.B. (eds.), *L’arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. II, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2019, pp. 381-395.

⁶ GUASTINI, R., “Produzione di nome a mezzo di norme. Un contributo all’analisi del ragionamento giuridico”, in GIANFORMAGGIO, L. e LECALDANO, E. (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, Laterza, 1986, pp. 175-176.

norma dalla fonte si affianca quello del reperimento della fonte stessa, che va costruita⁷. L'uso delle fonti, pertanto, rinvia alla loro ricerca, che diventa una questione di interpretazione e di applicazione del diritto. A monte delle norme vi sono svariati materiali giuridici, eterogenei e dotati di diversa forza vincolante, che formano un insieme normativo in potenza da attualizzare.

La proliferazione delle fonti, il policentrismo normativo⁸, l'osmosi tra ordinamenti (nazionale, sovranazionale, internazionale), il pluralismo giuridico impediscono ogni lettura del fenomeno giuridico secondo schemi rigidamente gerarchici⁹. Abbiamo agglomerati frammentati di materiali giuridici che producono una crescita della complessità.

La complessità è il risultato della compresenza di più plessi normativi in interazione. Non più espressione di un fluire normativo uniforme che parte da un unico centro di autorità, ma risultato di varie interrelazioni, di una incessante circolazione di significati, frutto, in costante divenire, della prassi di una pluralità di soggetti.

Il concetto di complessità, propriamente, designa la possibilità di dar conto di un insieme, assunto, in qualche modo, come unitario, considerando gli elementi che lo costituiscono e le relazioni che sono il prodotto di attività selettive. La complessità indica un legame tra unità e molteplicità; va intesa come incremento dei collegamenti, degli intrecci fra elementi. Essa dipende dal variare del numero e della diversità delle componenti di un insieme, dall'ampiezza e dall'incidenza delle loro interdipendenze, nonché dalla variabilità degli elementi e delle loro relazioni nel corso del tempo. Così, gli elementi di un insieme, e le loro connessioni,

⁷ ZACCARIA, G., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 58-59.

⁸ Sul tema si veda HIRVONEN, A. (ed.) *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*, London, Pluto Press, 1998.

⁹ Sulla tensione e il contrasto tra gerarchia e pluralismo cfr. PEREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, pp. 83-87.

frutto di dinamiche non lineari, multiple, si collocano entro una trama dove le singole parti perdono di rilievo nel loro carattere singolare e discreto e lo acquistano invece al livello del tessuto che vanno a comporre¹⁰.

Il diritto odierno risulta caratterizzato in senso altamente plurale; si compone di una molteplicità di plessi normativi in interazione. Si ha a che fare con un “arcipelago” mobile di fonti in competizione tra loro¹¹, condizionato da percorsi di regolazione impressi da punti diversi. L'interprete è chiamato a svolgere il suo ruolo in un contesto spesso caotico, disordinato, che può presentare antinomie tra fonti provenienti da centri di produzione diversi e dove vari organi concorrono alla creazione della norma. Sono all'opera, qui, sistemi regolatori diversi, spesso giustapposti, non sottoposti ad alcuna gerarchia, che rendono impossibile determinare in modo netto il confine tra le fonti, ma che necessitano tuttavia di coordinamento, al fine di risolvere i conflitti. La logica delle fonti articolate gerarchicamente impedisce di comprendere il farsi del diritto nell'epoca contemporanea.

III. LA PIRAMIDE E LA RETE

Lo scenario che abbiamo di fronte revoca in dubbio ogni visione verticistica del diritto, incentrata sulla volontà del produttore della norma e sul suo atto di produzione. Viene meno la centralità di quel principio ordinatore, per cui una fonte ha prevalenza su un'altra, e che produce una rappresentazione del sistema come

¹⁰ FALZEA, A., “Complessità giuridica”, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, spec.204, 206, 209; RUHL, B., “Law's Complexity: a Primer”, in *Georgia State University Law Review*, 2008, n. 24, pp. 885-911; MURRAY, J., WEBB, TH. E., WHEATLEY, S. (eds.), *Complexity Theory and Law. Mapping an Emergent Jurisprudence*, Abingdon-New York, Routledge, 2019.

¹¹ TIMSIT, G., *Archipel de la norme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

una *piramide*. È, questa, una metafora di quella “verticalità gerarchica” che ha sicuramente avuto una preminenza storica e culturale, conferendo organicità e compattezza al sistema delle fonti, legato allo Stato come unico centro di produzione e garante esclusivo delle norme che regolano la vita individuale e collettiva. Si tratta di un modello di gerarchizzazione delle norme giuridiche caratterizzate da “coerenza” (la piramide contiene soltanto quanto è compreso tra la base e il vertice), “completezza” (la piramide delimita tutto quanto è compreso tra la base e il vertice) e “unità” (il sistema piramidale lega ogni elemento che lo compone e ha nel suo vertice il punto in cui confluiscono in modo ordinato tutti gli elementi sottostanti). La struttura piramidale dell’ordinamento regola la produzione giuridica, dove, in una logica autopoietica, le norme sono tra loro concatenate, sicché ogni norma è valida perché conforme alla norma superiore e sta a fondamento della validità di quella inferiore.

Oggi tale modello appare sempre meno esauriente e neppure utile a dar conto della configurazione del diritto odierno. Le trasformazioni delle organizzazioni giuridiche travolgono la piramide, simbolo architettonico di un ordine che colloca i rapporti tra gli atti normativi lungo linee ascendenti e discendenti¹².

La visione piramidale stenta a rendere conto dell’articolazione pluralistica e complessa degli ordinamenti contemporanei, dove lo Stato è un soggetto tra gli altri e il suo diritto è un diritto tra gli altri¹³. Un fattore rilevante, in proposito, è costituito dalla globalizzazione/mondializzazione, che produce deterritorializzazione,

¹² LOSANO, M.G., “Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 82, 2005, pp. 407-410; Con riferimento al modello kelseniano si veda PEREZ LUÑO, A. E., *La Filosofía del Derecho como vocación, tarea y circunstancia. Lección Jubilar*, Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2017, pp. 54-59.

¹³ GRECO, T., *L'orizzonte del giurista. Saggi per una filosofia del diritto 'aperta'*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 27-28. Sul tema si rinvia a PASTORE, B.,

eclissi della sovranità, rottura del monopolio e del rigido controllo statale sul diritto¹⁴.

La piramide si sgretola. Solo una parte del diritto odierno trova spiegazione sulla base di tale modello. Si sente l'esigenza di cambiare paradigma. Assume consistenza il modello della *rete*¹⁵, che rinvia ad una realtà caratterizzata dalla interconnessione tra vari soggetti e posizioni, in un gioco di reciproci intrecci, condizionamenti e integrazioni¹⁶. L'emersione di tale paradigma, invero, non implica la sparizione del vecchio modello: entrambi sono complementari¹⁷. La rete, però, consente di evidenziare nuove dinamiche di funzionamento delle organizzazioni giuridiche, caratterizzate da una condizione di relatività generalizzata. I poteri si dispiegano su vari livelli e interagiscono; le delegazioni del potere normativo si moltiplicano; si amplia il ruolo creativo della giurisprudenza; la giustizia si coglie sempre più in termini di bilanciamento di interessi e valori, diversi e variabili; emergono

“Pluralismi giuridici e trasformazioni del diritto contemporaneo”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 50, 2021, pp. 399-432.

¹⁴ Cfr. GROSSI, P., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 287-290. Per un inquadramento sul tema si rinvia a FERRARESE, M.R., “Globalizzazione giuridica”, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 547-570. Si veda BERMAN, P.S., *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2012.

¹⁵ OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 43 ss., 49 ss.; HACHEZ, I., “Les sources du droit: de la pyramide au réseau et vice versa?“, in *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, *Théorie des sources du droit*, sous la direction de HACHEZ, I., CARTUYVELS, Y., DUMONT, H., GÉRAND, Ph., OST, F., van de Kerchove, M., Bruxelles, Anthemis - Facultés Universitaires Sant-Louis, 2012, pp. 51-100.

¹⁶ CASSESE, S., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 21-25.

¹⁷ LOSANO, M.G., *op. cit.*, pp. 425-429.

nuovi soggetti e nuovi “oggetti” giuridici. La positivizzazione giuridica risulta dall’attività di una pluralità di autori-interpreti intenti ad adattare i testi giuridici alla particolarità dei vari contesti applicativi¹⁸.

La rete implica la presenza di una trama costituita da fili e da nodi, uniti tra di loro da legami, che assicurano interconnessioni. Si tratta di “strutture aperte”, caratterizzate da intrecci di relazioni tra gli elementi, senza che si possa stabilire un punto di partenza obbligato o un’unica via d’accesso. La coordinazione tra nodi si affianca ad una certa instabilità di questi stessi nodi, dal momento che si determinano cambiamenti continui ed equilibri provvisori, che richiedono apprendimento permanente e aggiustamenti parziali. Questa precarietà e duttilità della struttura rende più incerto e imprevedibile il quadro normativo.

La metafora della rete invita a spostare l’accento sul concetto di relazione. Il diritto appare come complesso di modalità relazionali e organizzative che *si fa* costantemente, nell’intreccio delle interdipendenze, attraverso flussi ermeneutici generati dagli attori connessi alla rete. I processi giuridici sono visti nell’ottica di un’interazione complessa e fluida di associazioni e dissociazioni di diverso grado e intensità. Il diritto, in quanto rete di flussi interpretativi e decisionali, richiede un’opera di tessitura tra i materiali giuridici¹⁹, capace di individuare le relazioni significative.

L’ordinamento, così, è il risultato *in fieri* di continue combinazioni e integrazioni normative. In questo quadro, la configurazione delle fonti subisce un processo di revisione verso un ordinamento “aperto” alle pratiche sociali di reperimento del diritto.

Le fonti sono, nel contempo, frutto di interpretazione e di decisione, operanti come ragioni che sostengono le soluzioni giuridiche. Assume rilevanza, in proposito, la distinzione tra *must-*

¹⁸ PASTORE, B., *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014, pp. 38-40, 57-59, 66-73.

¹⁹ ZACCARIA, G., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, Il Mulino, 2022, pp. 212-213.

sources, should-sources e may-sources of law. Si tratta di materiali normativi che l'interprete deve, dovrebbe, può fornire come ragioni autoritative a supporto di una decisione giuridica²⁰.

L'ordinamento giuridico può essere inteso, da questo punto di vista, come l'insieme delle ragioni, connesse al carattere autoritativo e istituzionale del diritto, osservate da un decisore per la soluzione di una questione giuridica. Un determinato soggetto "osserva" una ragione quando la prende in considerazione per decidere una questione e la assume come argomentazione valida.

Una argomentazione valida è quella giustificata in base ai criteri forniti dal sistema delle fonti, ai metodi interpretativi e alle convinzioni riguardo ai contenuti del diritto, condivisi (pur in presenza di disaccordi) dalla comunità degli interpreti, operanti come vincoli nel processo decisionale. L'ordinamento è, allora, la totalità delle ragioni che giustificano la decisione giuridica; è la totalità delle ragioni rilevanti, decisive, valide ed efficaci²¹. I risultati decisionali sono, in tal senso, sempre funzioni degli atti normativi (non solo prodotti secondo procedure formalmente valide, ma anche non prodotti secondo tali procedure) e delle norme (in quanto risultato dell'attività interpretativa)²². L'ordinamento giuridico, con la moltiplicazione degli atti normativi e dei livelli di

²⁰ PECZENIK, A., *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 318-321. SCHAUER, F., *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2009, pp. 66-74, distingue tra fonti obbligatorie, dotate di autorità vincolante, e fonti facoltative, dotate di autorità persuasiva.

²¹ ITZCOVICH, G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 30-31, 429-430; LEITER, B., "Legal Indeterminacy", in *Legal Theory*, 1, 1995, pp. 481 ss., 486 ss., 492; PASTORE, B., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea... op. cit.*, pp. 34-35, 112.

²² SCHAUER, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 201-202. Schauer sottolinea che le norme ottenute secondo procedure formalmente valide hanno forza presuntiva, ma non assoluta. *Ibidem*, pp. 203-204.

normazione che lo contraddistingue, non appare più un universo di regole pronte per l'uso, ma un insieme composito di materiali, tratti da fonti diverse, che interagiscono tra loro combinandosi in modo mai definitivo, da cui ricavare, di volta in volta, la guida per il caso da risolvere. L'attività dell'interprete consiste nel reperimento della soluzione giuridicamente adeguata alla situazione particolare e nel ritrovamento della regola del caso, cercata nei depositi normativi, nel diritto preesistente. Si tratta un'attività *inventiva*, che rinvia al significato dei termini latini *invenire/inventio*, facenti riferimento a un cercare per trovare, ad una attività di scoperta²³.

IV. LEGALITÀ E SISTEMA DELLE FONTI

Di fronte alle trasformazioni che caratterizzano il diritto contemporaneo il principio di legalità è sottoposto ad un vero e proprio terremoto teorico e pratico²⁴.

Il principio di legalità consiste nella previsione e nella disciplina normativa degli atti giuridici e dei loro effetti. Esso segue le vicende legate alle trasformazioni dello Stato di diritto, che è espressione usata con due significati diversi, ai quali corrispondono due distinti modelli: quello legislativo e quello costituzionale²⁵.

Nello Stato legislativo di diritto, il principio di legalità richiede: a) che l'attività degli organi pubblici non sia contraria alla legge; b) che vi sia una base legale per l'esercizio del potere; c) che

²³ GROSSI, P., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017, pp. X, 62, 82, 86, 111.

²⁴ PASTORE, B., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea... op. cit.*, pp. 36-38; GROSSI, P., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, Laterza, 2020, pp. 29-31.

²⁵ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 432-434, 485-488, 515, 567-568, 596-597.

il contenuto degli atti emanati sia conforme a quello della legge²⁶. I poteri pubblici, in questo modello, sono conferiti dalla legge ed esercitati nelle forme e con le procedure da questa stabilite. Tradizionalmente la problematica specifica del principio di legalità riguarda i rapporti tra potere legislativo e potere esecutivo (amministrazione). Esso ha però, come terzo termine necessario, il potere giurisdizionale, in funzione di controllo del rispetto degli atti (specificamente amministrativi).

Nello Stato costituzionale di diritto, i poteri pubblici e, in generale, l'intera produzione giuridica, sono vincolati al rispetto dei principi stabiliti da disposizioni costituzionali. In sistemi retti da costituzioni rigide e garantite grazie all'attività delle Corti costituzionali, il principio di legalità si estende alla funzione legislativa, talché essa sia svolta conformemente alla costituzione. La legge è subordinata alla costituzione, gerarchicamente sovraordinata, e diventano salienti non più solo la forma della produzione giuridica, ma anche i contenuti normativi. La storia del costituzionalismo è segnata dalla progressiva espansione del principio di legalità a tutte le componenti del sistema giuridico²⁷

La legalità, per molti versi, attiene al piano delle fonti e alla tipologia degli atti legittimati a produrre diritto. Riguarda l'adeguatezza delle singole fonti ai criteri organizzativi, procedurali e contenutistici posti per la produzione del diritto dalle norme sulle fonti²⁸. Va intesa, dunque, come rispetto delle norme sulla produzione e del processo di formazione degli atti normativi, e vale anche nei confronti della legge, in quanto atto normativo ti-

²⁶ Cfr. CARLASSARE, L., "Legalità (principio di)", in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, p. 2; GUASTINI, R., "Legalità (principio di)", in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IX, Torino, Utet, 1994, pp. 85-87.

²⁷ VIOLA, F., ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 9.ed., Roma-Bari, Laterza, 2016, p. 349.

²⁸ ZAGREBELSKY, G., *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1987, pp. 31, 36 ss.

pico, dato che per essa esistono parametri, formali e sostanziali, stabiliti da fonti superiori di rango costituzionale²⁹.

In un ordinamento giuridico il perimetro della legalità è definito, così, anche in relazione al sistema delle fonti e al rapporto tra le fonti. La complessità del diritto odierno, però, conduce a ridisegnare il quadro delle fonti. Il diritto può nascere non solo nelle forme prescritte, ma anche in forme diverse, rinviati al momento decisionale-riconoscimentale connesso ai processi di positivizzazione giuridica³⁰.

Di fronte al peso acquisito dal diritto giurisdizionale e al rilievo assunto dalle esperienze dell'applicazione, emerge l'esigenza di integrare la teoria delle fonti con la teoria dell'interpretazione. Non può non evidenziarsi, al riguardo, il ruolo dei giuristi nella qualifica stessa di fonte del diritto, nella determinazione del loro contenuto e nella loro ordinazione³¹. I giuristi, pertanto, partecipano – e di ciò portano la responsabilità – al processo formativo del diritto. La centralità del momento giurisdizionale, da questo punto di vista, costituisce il necessario contraltare dell'erosione del primato della legislazione. Il giudice non è più chiamato semplicemente ad applicare le norme di fonte legislativa, ma a ricercare le ragioni normative che sostengono una determinata soluzione del caso³².

Il diritto si sviluppa attraverso il costante inserimento di materiali normativi e la loro determinazione progressiva, realizzata in sede interpretativo/applicativa. Ciò mette in campo un insopprimibile ambito di libertà dell'interprete ma, nel contempo, ri-

²⁹ FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 514-517, 847-848, 933.

³⁰ CATANIA, A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, 2.ed., Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. 13, 19, 39, 43, 99-100.

³¹ PINO, G., *L'interpretazione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 22-23.

³² LIPARI, N., "Gli approdi pluralistici del diritto civile", in CAPPELLINI, P. e CAZZETTA, G. (eds.), *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 284.

chiede che essa si eserciti all'interno della pratica giuridica, nel rispetto del suo senso generale e dei suoi vincoli specifici.

Il principio di legalità, in questo ambito, appare debole nel contenere il carattere produttivo, creativo, dell'interpretazione, che contribuisce potentemente a conformare il sistema. Tale principio, però, al di là dei molteplici significati che ha assunto nel corso del tempo e dei diversi contesti in cui opera³³, benché trasfigurato, continua a svolgere una funzione essenziale, connessa all'idea regolativa che lo sostanzia e che consiste nel limitare l'arbitrio³⁴. La legalità, rivisitata e ripensata attraverso il prisma della problematica relativa al ruolo degli interpreti, è garanzia e controllo delle attività e degli esiti decisionali³⁵.

Tale principio opera nell'attività giurisdizionale, posto che ogni decisione giudiziaria va fondata su una norma giuridica (generale) preesistente (in congiunzione con le proposizioni fattuali descrittive delle circostanze del caso provate). È per questa ragione che le decisioni giudiziarie devono essere motivate sulla base della legge³⁶.

Al giudice è affidato un compito di concretizzazione del diritto. Si tratta di ridurre e delimitare l'inevitabile indeterminazione delle norme (generali e astratte), temperando la libertà interpretativo-applicativa (operante nella scelta della norma pertinen-

³³ Un esame dei diversi profili del principio di legalità è fornito da VOGLIOTTI, M., "Legalità", in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VI, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 402-420, 424-431.

³⁴ FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 232, 262. Sulla legalità come requisito che attiene all'esercizio del potere (secondo le leggi), e che ha come suo contrario l'arbitrio, si veda BOBBIO, N., "Legalità", in *Dizionario di politica*, diretto da Bobbio, N., Matteucci, N. e Pasquino, G., seconda edizione interamente riveduta e ampliata, Torino, Utet, 1983, pp. 580-581.

³⁵ Cfr. LUZZATI, C., *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 15-17, 106-107, 113, 119, 294.

³⁶ GUASTINI, R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 120-122.

te, nell'ascrizione di significato, nell'applicazione di tale norma alla circostanza di fatto data) con una serie di vincoli, testuali, istituzionali e discorsivi³⁷. La prevedibilità dell'esito di un intervento di un organo con competenza giuridica decisionale si connette, allora, all'esistenza e al rispetto, da parte di tale organo, delle regole alla cui stregua si valutano come corrette o scorrette le decisioni. Si tratta delle regole che riguardano la selezione delle premesse di diritto dell'argomentazione giuridica; delle regole di procedura (o del gioco processuale), relative alle modalità di acquisizione degli svariati elementi che compongono l'argomentazione giuridica; delle regole di svolgimento dell'argomentazione stessa. Da questo punto di vista, la prevedibilità delle decisioni si traduce in controllabilità³⁸. Se il diritto è un insieme di criteri per la valutazione dei comportamenti umani, compresi quelli produttivi e applicativi del diritto stesso, è essenziale istituire (e garantire il corretto funzionamento degli) organi deputati al controllo sia dei comportamenti, sia delle valutazioni giuridiche dei comportamenti, di cittadini e funzionari. Si persegue con ciò lo scopo di rendere i cittadini tutti uguali di fronte al diritto e quello di assoggettare ogni potere al controllo del diritto.

La legalità, in sede giurisdizionale, implica l'esigenza della «generalizzazione», talché la regola del caso concreto deve essere valevole e applicabile per tutti i casi simili. Si tratta del requisito dell'universalizzabilità, in base al quale le soluzioni vanno fondate su regole che l'interprete può utilizzare di nuovo per le decisioni future. È in virtù della plausibilità e della capacità di tenuta delle ragioni adottate che la massima di decisione giudiziaria può essere proposta come parametro da adottare anche in tutti i casi dello stesso tipo particolare³⁹. D'altra parte, il principio di legalità nella

³⁷ ZACCARIA, G., *Postdiritto... op. cit.*, pp. 169-171.

³⁸ GIANFORMAGGIO, L., "Certeza del diritto", in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civ., II, Torino, Utet, 1988, pp. 277-278.

³⁹ MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 97-99; SCHAUER, F., "Giving Reasons", in *Stanford Law*

giurisdizione si articola in una pluralità di princìpi che attengono alle modalità di esercizio del potere, e ai suoi contenuti, e che riguardano l'imparzialità, il rispetto del contraddittorio, la non arbitrarietà, la predeterminazione dei criteri decisionali, la motivazione, l'eguaglianza, la ragionevolezza⁴⁰.

La complessità degli ordinamenti contemporanei, risultante da una pluralità di fonti e componenti, strutturati a più livelli tra loro connessi, richiede che l'interprete, chiamato a risolvere un caso concreto, scelga a quale normativa la soluzione deve ispirarsi, combinando e collegando disposizioni varie, di rango e provenienza diversi, facendo i conti con i molteplici livelli di legalità (ordinaria, costituzionale, euro-comunitaria) nell'ottica di una ricomposizione unitaria.

Vengono in evidenza, a questo proposito, i princìpi, con il loro ruolo ordinante e unificante⁴¹, che, in ragione della loro portata assiologica, della loro indeterminatezza ed elasticità, della loro capacità espansiva, superando la rigidità pietrificata nella testualità del comando legislativo, vanno interpretati, divenendo strumenti disciplinatori, destinati a informare di sé l'intero ordinamento, aperti a future acquisizioni, in un contesto magmatico e incerto. I princìpi operano come bussole per navigare nell'arcipelago mobile delle fonti, caratterizzato da grande fluidità, variabilità, instabilità. Veicolano altresì una visione ordinamentale, orientata a realizzare una unità plurale⁴², ponendosi come punti

Review, 47, 1995, pp. 635, 641-642, 658; TARUFFO, M., "La giurisprudenza tra casistica e uniformità", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 68, 2014, pp. 41-44.

⁴⁰ VOGLIOTTI, M., *op. cit.*, pp. 412-413.

⁴¹ Cfr. GROSSI, P., *Oltre la legalità... op. cit.*, p. 70-72; PASTORE, B., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea... op. cit.*, pp. 44-49; ZACCARIA, G., *Postdiritto... op. cit.*, pp. 20-22, 224-226.

⁴² GROSSI, P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 66-67.

di coordinamento, chiavi di volta, trame di sostegno dell'edificio giuridico.

V. SOFT LAW E POSITIVIZZAZIONE GIURIDICA

Nel panorama giuridico odierno, caratterizzato dalla convivenza e dal concorso di varie fonti regolatrici e di molteplici soggetti regolatori, nonché dalla relativizzazione del principio di tipicità delle forme, trova posto, con le sue molte facce, il *soft law*, il cui ricorso, nel diritto internazionale, nel diritto transnazionale, nel diritto dell'Unione Europea, nel diritto nazionale, è aumentato nel tempo⁴³. In questo senso, il *soft law* funziona come categoria giuridica che contribuisce a dar conto della multiforme complessità della giuridicità.

L'espressione è generalmente usata per indicare una serie di atti, non omogenei quanto ad origine e natura, che, benché privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti, rispondendo al bisogno di articolazio-

⁴³ Per una ampia panoramica degli strumenti di *soft law* utilizzati negli ordinamenti giuridici contemporanei, a livello internazionale, in quello europeo e nei contesti nazionali, si rinvia a MOSTACCI, E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008. Sul tema, tra la vasta letteratura, si vedano: CHINKIN, C.M., "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", in *The International and Comparative Law Quarterly*, 38, n. 4, 1989, pp. 850-866; DI ROBILANT, A., "Genealogies of Soft Law", in *The American Journal of Comparative Law*, 54, 2006, pp. 499-554; SOMMA, A., (ed.), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 117-131; BAILLEUX, A., "Le *soft law* et les deux droits", in *Les sources du droit revisitées*. Vol. 4. *Théorie des sources du droit... op. cit.*, pp. 503-537; HACHEZ, I., "Le *soft law*: qui trop embrasse mal étreint?", *ibidem*, pp. 539-586; PASTORE, B., "Soft law y la teoría de las fuentes del Derecho", in *Soft Power*, 1, n. 1, 2014, pp. 75-89.

ne leggera, duttile, elastica dell'intervento regolativo⁴⁴. Tali atti possono trasformarsi, grazie al loro uso da parte di organi dotati di competenza normativa, in diritto immediatamente precettivo. Il *soft law* si presenta in forme diverse ed è presente in tutte le fasi del processo di positivizzazione del diritto: dalla produzione all'attuazione, all'applicazione, Entra in gioco, qui, un'idea di giuridicità che non dipende solo dalla riconoscibilità formale/procedurale della norma, ma anche dal suo essere effettiva. Ciò rinvia alla pratica di riconoscimento dei materiali normativi condivisa dagli interpreti.

La inevitabile assenza di una lista precisa ed esaustiva delle fonti del diritto operanti negli ordinamenti contemporanei implica che l'interprete decida sul valore di un certo atto normativo come fonte. Il tema assume una peculiare rilevanza con riguardo alla possibilità di riconoscere valore di fonte del diritto ad atti che rientrano nella eterogenea categoria del *soft law*⁴⁵.

Il *soft law* risponde ad un bisogno di flessibilità e di articolazione dell'intervento regolativo, non più centrato su norme rigide, ma attento all'esigenza di adattamento a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo cambiamento, nonché idoneo a tener conto dei vari interessi in gioco, e volto ad orientare il comportamento verso particolari scopi, senza costringere

⁴⁴ Con riferimento specifico al diritto europeo-comunitario cfr. SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2004, pp. 119-120, 321 ss., 361-373, 401 ss., 457-461; TERPAN, F., "Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EU Law". in *European Law Journal*, 21, n. 1, 2015, pp.68-96. Sul ruolo del *soft law* nell'interpretazione del diritto dell'Unione Europea ad opera della Corte di Giustizia, e sul riconoscimento che la giurisprudenza comunitaria ne effettua attraverso le sue sentenze, si veda ŞTEFAN, O., *Soft Law in Court. Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2013.

⁴⁵ PINO, G., *L'interpretazione nel diritto... op. cit.*, pp. 226-229.

a tenerne uno specifico⁴⁶. In tal modo, l'elasticità e la versatilità di questo strumento giuridico consentono di adempiere funzioni diverse: di indirizzo, di informazione e comunicazione, di socializzazione alle finalità e ai valori che le regole intendono mettere in moto, di orientamento del processo di interpretazione (ma anche di integrazione) delle stesse regole⁴⁷. Significative, con riferimento a quest'ultima funzione, sono quelle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nelle quali si afferma che i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni (che, in quanto atti non vincolanti, rientrano nella definizione di *soft law*) ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o quando mirano a completare (integrare) norme euro-comunitarie aventi natura vincolante⁴⁸. Non sono isolati i casi nei quali la Corte di Giustizia si è pronunciata in ordine ad atti di *soft law* sul presupposto della loro capacità di produrre effetti giuridici.

La *softness* si riferisce, in primo luogo, ai modi di produzione, con normative ottenute tramite modalità più snelle rispetto ma quelle formali (le tecniche utilizzate, ad esempio, sono la delegificazione, il trasferimento di una normativa dalla sede legislativa a quella regolamentare o contrattuale, la produzione di codici deontologici, il rinvio a prassi)⁴⁹. Ma essa riguarda anche i contenuti,

⁴⁶ SCHWARCZ, S.L., "Soft Law as Governing Law", in *Minnesota Law Review*, 2020, pp. 2471- 2514.

⁴⁷ Cfr., sul punto, FERRARESE, M.R., "Soft law: funzioni e definizioni", in SOMMA, A. (ed.), *op. cit.*, pp. 80-82; SENDEN, L., *op. cit.*, pp. 118-120, 122 ss.; PASTORE, B., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea... op. cit.*, pp. 109-112.

⁴⁸ Cfr. Corte di Giustizia, case C-322/88, Grimaldi v Fonds des Maladies Professionnelles, sent. 13 dicembre 1989, par. 18 e par.19.

⁴⁹ MEYER, T., "Soft Law As Delegation", in *Fordham International Law Journal*, 32, n. 3, 2008, pp. 888-942

avendo a che fare con l'adozione di modelli regolativi flessibili. Ne sono esempi l'utilizzo di clausole generali e di *standards*, applicati sulla base dell'accettazione volontaria⁵⁰; la fissazione di obiettivi generali, nonché generici, rivedibili, spesso aperti, in una dinamica interattiva e comunicativa, a consultazioni pubbliche. In questa direzione il *soft law* si pone come strumento di *governance*⁵¹. In particolare, nell'ambito dell'Unione Europea, il *soft law* costituisce un mezzo di regolazione dei rapporti tra le istituzioni e si colloca a metà strada tra le fonti del diritto e la *governance* istituzionale⁵².

È da sottolineare che una stessa normativa può essere *soft* in un senso e *hard* nell'altro. Si considerino, ad esempio, le clausole contenute in certi contratti commerciali o le prassi bancarie, che possono essere "dure" e imposte agli utenti in maniera pressoché autoritativa, oppure le leggi-obiettivo, che sono *hard* in quanto atti legislativi, ma "leggere" in ragione della loro natura programmatica.

Risulta opportuno, qui, distinguere tra *soft law* e *soft regulation*⁵³. Prendendo in considerazione la tematica della produzione normativa, il *soft law* rinvia ad atti che si configurano come linee guida, pareri, risoluzioni, codici di condotta, dichiarazioni, aventi spesso la forma di raccomandazioni o di indicazioni di un corso d'azione auspicabile, il cui intento è volto a influenzare il comportamento dei destinatari. Questi atti sono carenti di una piena forza giuridica vincolante, ma sono capaci di produrre effetti giuridici

⁵⁰ BONELL, M.J., "Soft Law and Parti Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles", in *Loyola Law Review*, 51, n. 2, 2005, pp. 229-252.

⁵¹ MÖRTH, U. (ed.), *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2004.

⁵² RAMAJOLI, M., "Soft law e ordinamento amministrativo", in *Diritto amministrativo*, vol. 25, n. 1, 2017, pp. 154-158.

⁵³ RAMAJOLI, M., "Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari", in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2, 2016, pp. 52-71.

indiretti e/o eventuali, senza che la mancata adesione generi in capo alle autorità competenti l'obbligo di far seguire una sanzione prestabilita. Prendendo in considerazione la tematica della regolazione, l'approccio *soft* riguarda quei processi che puntano alla modifica della condotta attraverso l'uso di regole più aperte, meno dettagliate, munite di clausole generali, indicative, volte a persuadere, consigliare, promuovere, informare. Il diritto *soft* sembra opporsi al diritto *hard*, che è produttivo di effetti definiti e certi. La regolazione *soft* sembra opporsi a quella *hard*, che è stringente, non derogabile, non rivedibile, imperativa per i destinatari. Va detto, tuttavia, che *soft law* e *soft regulation* risultano, non poche volte, tra loro connessi.

Il *soft law* è tipicamente costituito di testi, di diversa origine, che registrano una varietà di lessici particolari, dotati di vocabolari specifici e di moduli espressivi propri, connessi ai differenziati contesti relativi all'esperienza della vita sociale. Tali testi, sono (in qualche senso) giuridici perché entrano in quella pratica sociale che è il diritto. Trova conferma l'idea che i materiali che popolano l'universo giuridico, e che contribuiscono variamente a determinare i processi di positivizzazione, sono molto articolati e non riducibili alla tradizionale fonte legislativa. Nello scenario odierno, il diritto tende, per molti versi, a conformarsi secondo una logica della possibilità e dell'opportunità, piuttosto che del vincolo e della sanzione. All'interno di questa dinamica, nella quale si instaurano rapporti multiformi e dialettici tra diversi produttori di diritto (pubblici e privati) e tra componenti formali e informali, la giuridicità perde i connotati *hard*,

Il *soft law*, dunque, fa parte del *corpus* normativo ed entra nel processo di positivizzazione. È una fonte del diritto, nel senso che è ritenuta capace di generare, in qualche modo, regole giuridiche. È, però, una fonte *extra ordinem*, non disciplinata da disposizioni sulla produzione giuridica, non formalmente valida⁵⁴, ma operan-

⁵⁴ Sulle modalità attraverso le quali il *soft law* contribuisce a riconfigurare la nozione di validità giuridica v. MACKOR, A., KIRSTE, S., HAGE, J.

te sulla base del principio di effettività⁵⁵. Essa rientra tra le fonti “atipiche” che incidono sull’ordinamento⁵⁶, ponendosi, nel contempo, come emblema della destrutturazione del sistema delle fonti. Il *soft law*, da questo punto di vista, mette in discussione l’intero sistema delle fonti giuridiche così come tradizionalmente strutturate, incidendo sulla articolazione dell’intero edificio giuridico. L’interazione continua – se non caotica – tra *hard law* e *soft law* rimodella il sistema delle fonti giuridiche⁵⁷.

VI. CONCLUSIONI

La positivizzazione, in quanto fattore costitutivo del diritto, si compie a partire dalle fonti, ma nessuna fonte è autosufficiente, né conclusiva, a prescindere dall’attività interpretativa. L’operare del *soft law*, in questa prospettiva, conferma che l’interpretazione costituisce un aspetto interno alla dinamica delle fonti, Gioca un ruolo rilevante, a questo proposito, la nozione di applicabilità⁵⁸. Una disposizione o una norma sono applicabili se sono usate

and WESTERMAN. P. (eds.), *Legal Validity and Soft Law*, Cham, Springer, 2018

⁵⁵ Da questo punto di vista, vi è chi sottolinea che il *soft law* rappresenti un *vulnus* che si ripercuote sulla legittimazione democratica degli atti normativi che caratterizza le organizzazioni costituzionali. Cfr. ALGOSTINO, A., “La *soft law* comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?”, in *Costituzionalismo.it.*, n. 3, 2016, pp. 275-281.

⁵⁶ Sul modo in cui gli strumenti di *soft law* hanno integrato e supportato le strategie normative implementate dai Paesi europei per contrastare l’emergenza Covid-19 cfr. BOSCHETTI, B., POLI, M.D., “A Comparative Study on *Soft Law*: Lessons from the COVID-19 Pandemic”, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 23, 2021, pp. 20-53.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 48-49.

⁵⁸ Sul tema cfr., COMANDUCCI, P., “Alcuni problemi concettuali relativi alla applicazione del diritto”, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 10, 2010, pp. 121-134; PINO, G., “L’applicabilità delle norme giuridiche”, in *Diritto e questioni*

da un soggetto dotato di competenza normativa e ciò riguarda la loro adeguatezza a risolvere casi. La questione, qui, ha a che fare con l'inevitabile margine di scelta proprio dell'interprete, che dipende, tra l'altro, anche dalla esistenza della formulazione normativa, dalle convenzioni e dalle regole proprie del linguaggio tecnico-giuridico, dai criteri e dagli argomenti accreditati e assunti dalla cultura giuridica al quale lo stesso interprete appartiene. Una disposizione è usata quando è interpretata, attribuendo ad essa un significato. Una norma è usata quando figura in un'argomentazione giuridica al fine di determinare (o di contribuire a determinare) il contenuto di una decisione. L'applicabilità consiste nelle ragioni che rendono una disposizione o una norma rilevanti nel processo argomentativo operante nella soluzione di un caso⁵⁹.

I materiali giuridici presentano diversi piani di elaborazione e determinazione, che testimoniano il funzionamento "plurale", nonché "graduale", della positività, che non è configurabile come un concetto "tutto o niente"⁶⁰. Il diritto è un'attività, è questione di grado. Non v'è un'alternativa netta tra diritto e non diritto, ma tra l'uno e l'altro vi sono gradi di maggiore o minore intensità della giuridicità presente nella vita sociale⁶¹. Il diritto, pertanto, può essere più o meno positivo e si compone di fattori plurimi, variamente dislocati ai livelli della sua produzione, efficacia, integrazione, ricostruzione, applicazione⁶². L'ordinamento vive nel rapporto che lega i molteplici e diversamente vincolanti atti di normazione con le attività interpretative che da essi si sviluppano. *Soft law* e

pubbliche, n. 11, 2011, pp. 797-871; BARBERIS, M., *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 162-165.

⁵⁹ PINO, G., "L'applicabilità delle norme giuridiche"... *op. cit.*, pp. 799-801.

⁶⁰ GIANFORMAGGIO, L., *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 31.

⁶¹ VIOLA, F., *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 99-100.

⁶² TERPAN, F., *op. cit.*, pp. 8-13.

hard law convivono come plessi normativi variamente intrecciati nel processo di articolazione progressiva del materiale giuridico. Pertanto, si può affermare che la prospettiva ordinamentale costituisce l'orizzonte di senso del *soft law*⁶³, che insieme all' *hard law* contribuisce alla positivizzazione, intesa come continua e articolata attività di produzione del diritto.

⁶³ RAMAJOLI, M., "Soft law e ordinamento amministrativo"... *op. cit.*, p. 161.