

«DÍKE» O «BÍA»? DALLA “HARD LAW” ALLA “SOFT LAW”: UNA BREVE RIFLESSIONE SULL’IMPATTO DI NEO-LIBERISMO E NEO-LIBERALISMO SULLE FONTI DEL DIRITTO

Nicola Pettinari 

Università degli Studi di Perugia, Perugia, Itália 

Contesto: Nell’ottica di osservare la progressiva – e attualmente incalzante – dissoluzione delle entità statuali come epicentro e baricentro di sistemi produttivi autoctoni e di sedi politico-decisionali sovrane, il neo-liberismo (quale ideologia e agenda economico-finanziaria) e il neo-liberalismo (quale corrispondente ideologia e agenda politica) assumono la connotazione di fenomeni complessi.

Obiettivo: Il punto focale del presente saggio gravita intorno a come neoliberalismo e neoliberalismo si riversino sul sistema delle fonti giuridiche interne italiane (fenomeno che costituisce un dente sostanziale della ruota dentata della lesione di sovranità), andando essenzialmente ad erodere lo spazio tradizionalmente – e costituzionalmente! – riservato alla c.d. “hard law” (concepita per offrire garanzie di legittimazione democratica delle norme giuridiche, oltre che di legalità costituzionale) in favore della c.d. “soft law”..

Metodologia: Come metodo di ricerca, viene utilizzato il metodo deduttivo con la tecnica di ricerca bibliografica e dalla consultazione delle informazioni primarie.

Risultato: Nel corso dell’analisi intrapresa, una particolare attenzione verrà prestata all’emblematico caso di studio dell’Ufficio parlamentare di bilancio (UPB), un organismo indipendente imposto dalla nuova governance economica europea la cui esistenza, organizzazione e attività appaiono strettamente connesse al prevalere di fonti giuridiche di “soft law”..

Parole chiave: Hard law; Soft law; Fonti del diritto; Neoliberalismo; Costituzione.

'DÍKE' OR 'BÍA'? FROM "HARD LAW" TO "SOFT LAW". A BRIEF REFLECTION ON THE IMPACT OF LIBERTARIANISM AND NEO-LIBERALISM ON THE SOURCES OF LAW

Contextualization: With a view to observing the progressive - and currently pressing - dissolution of state entities as the epicenter and barycenter production systems and seats of sovereign political-decision-making, libertarianism (as an ideology and economic-financial agenda) and neo-liberalism (as corresponding ideology and political agenda) take on the connotation of complex phenomena.

Objective: The focal point of this essay revolves around how neoliberalism and neoliberalism impact on the system of internal Italian legal sources (a phenomenon that constitutes a substantial tooth in the cogwheel of the lesion of sovereignty), essentially eroding the space that has traditionally – and constitutionally! – been reserved for the so-called "hard law" (designed to offer guarantees of democratic legitimacy of legal norms, as well as constitutional legality) in favor of the so-called "soft law".

Methodology: the deductive research method was used, with a literature review and consultation of primary information.

Results: In the course of the analysis carried out, particular attention is given to the emblematic case study of the Italian Parliamentary Budgetary Office (Ufficio parlamentare di bilancio - UPB), an independent body imposed by the new European economic governance whose existence, organization and activities are closely connected to the prevalence of legal sources of "soft law".

Keywords: Hard law; Soft law; Legal sources; Neoliberalism; Constitution.

'DÍKE' OU 'BÍA'? DO "HARD LAW" AO "SOFT LAW". UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE O IMPACTO DO NEOLIBERISMO E DO NEOLIBERALISMO NAS FONTES DO DIREITO

Contextualização: Com vistas a observar a progressiva - e atualmente premente - dissolução das entidades estatais como epicentro e baricentro dos sistemas produtivos autóctones e das sedes político-decisionais soberanas, o neoliberalismo (como ideologia e agenda econômico-financeira) e o neoliberalismo (como correspondente ideologia e agenda política) assumem a conotação de fenômenos complexos.

Objetivo: O ponto focal deste ensaio gira em torno de como o neoliberalismo e o neoliberalismo se derramam no sistema de fontes jurídicas internas italianas (um fenômeno que constitui um dente substancial na roda dentada da lesão da soberania), essencialmente erodindo o espaço tradicionalmente - e constitucionalmente! – reservado para os chamados "hard law" (destinado a oferecer garantias de legitimidade democrática das normas jurídicas, bem como de legalidade constitucional) em favor da chamada "lei branda".

Metodologia: Como método de pesquisa, utiliza-se o método dedutivo com a técnica de pesquisa bibliográfica e a partir da consulta de informações primárias.

Resultados: No decurso da análise efetuada, será dada particular atenção ao caso emblemático do Gabinete Parlamentar do Orçamento (PBO), órgão independente imposto pela nova governança econômica europeia cuja existência, organização e atuação se apresentam estreitamente ligadas à prevalência de fontes legais de "soft law".

Palavras-chave: Hard law; Soft law; Fontes do direito; Neoliberalismo; Constituição.

INTRODUÇÃO

Nell'ottica di osservare la progressiva – e attualmente incalzante – dissoluzione delle entità statuali come epicentro e baricentro di sistemi produttivi autoctoni e di sedi politico-decisionali sovrane, il neo-liberismo (quale ideologia e agenda economico-finanziaria) e il neo-liberalismo (quale corrispondente ideologia e agenda politica) assumono la connotazione di fenomeni complessi. L'avanzare del processo di dissoluzione poco sopra menzionata si è inverato, infatti, mediante *strategie e azioni settoriali*, rivelatesi capaci di penetrare i gangli delle attività che danno forma ai sistemi produttivi autoctoni e alle sedi politico-decisionali individuate come presupposti ontologici e teleologici di livelli di autonomia e di indipendenza che tanto si qualificano come indesiderati dalle forze che fattualmente tessono le sorti dei mercati finanziari globali, quanto costituiscono (specularmente) i fulcri di una necessaria riflessione sui destini delle democrazie contemporanee.

La complessità dei neo-liberismi e dei neo-liberalismi contemporanei è, appunto, “strategica”: perché questi diventino una realtà indiscussamente diffusa e accettata, e onnicomprensivamente capace di ri-orientare ogni aspetto della vita di istituzioni, soggetti economici, e persone, è operativamente necessario che idee e strumenti funzionali a tale visione del mondo penetrino questi ultimi, sostituendosi ai pilastri che tradizionalmente hanno dato loro forma nel quadro delle democrazie pluraliste novecentesche (segnatamente di quelle riorganizzatesi come tali al termine del secondo conflitto mondiale).

L'angolazione dalla quale il presente contributo intende osservare come concretamente sia da tempo in corso questa sostituzione è quella giuspubblicistica delle fonti del diritto, vale a dire di quegli atti normativi che, in un ordinamento giuridico espressione dello Stato di diritto, sono chiamati a raccogliere e rendere vigente l'insieme delle norme finalizzate a regolare i più disparati aspetti della vita delle persone giuridiche e delle persone fisiche, dei soggetti pubblici e privati.

Il punto focale, in particolare, intende mettere in luce come il neoliberismo si riversi, in Italia, sul sistema delle fonti del diritto interne (fenomeno che costituisce un segmento sostanziale della “ruota dentata” di una possibile lesione di sovranità), essenzialmente scardinando l'impianto organizzativo e la *vis* giuridica della c.d. “*hard law*” tradizionale (espressa in fonti tipiche quali la legge ordinaria prodotta dal Parlamento, concepita per offrire garanzie di legittimazione democratica delle norme giuridiche, oltre che di legalità costituzionale) in favore di una c.d. “*soft law*”¹. Quest'ultima, in realtà, viene così a

¹ Per un inquadramento del tema, da varie angolazioni, si veda l'ampio e approfondito insieme di contributi in SOMMA, Alessandro. (org.). **Soft law e hard law nelle società postmoderne**. Torino: Giappichelli, 2009.; inoltre: PASTORE, Baldasse. *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*. **Lavoro e diritto**, v. 1, n. 1, p. 5-16, 2003; per un approccio comparatistico, si veda MOSTACCI, Edmondo. **La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato**. Padova:

manifestarsi (lo si può esplicitare sin da ora) in una forma e con ricadute tutt'altro che «soft», dato che in forma sostitutiva finisce con il regolare – eludendo fonti e sedi istituzionali intimamente connesse al dibattito e al confronto – aspetti determinanti e, talvolta fatalmente, incidenti sull'esercizio di diritti e libertà².

1. LA TRASFORMAZIONE «PROTEIFORME» DELLE FONTI GIURIDICHE: DALLA “HARD LAW” ALLA “SOFT LAW”

Il fenomeno che qui interessa è circolarmente immerso in quelle dinamiche contemporanee che pongono la dimensione giuridica di fronte alle sfide derivanti dalle pressioni che la dilatazione e la dirompente erosione dei confini nazionali esercitano sul diritto, con riguardo ai principi che ne sono alla base, ai processi che ne determinano la produzione e che ne regolano l'esercizio, alle fonti che ne “consacrano” – o che ne “dissacrano” – i contenuti più intimi. Già anni fa, G. Teubner rilevava come il principale quesito che l'attuale ‘*questione costituzionale*’ dovrebbe porsi è in che modo la teoria costituzionale tenti di rispondere «alle sfide che sorgono dalle due grandi tendenze che caratterizzano la nostra epoca: la privatizzazione e la globalizzazione»³. Qualche anno dopo, A. Algostino sembra aver accolto la sfida lanciata da Teubner al costituzionalista contemporaneo, avendo essa elaborato una concettualizzazione coraggiosa e completa degli snodi nevralgici di un fenomeno – non a caso dalla costituzionalista definito «proteiforme» – che si evolve a partire da una *trasformazione*. Se, infatti, gli scopi delle costituzioni tradizionali degli Stati-nazione erano quello, da un lato, di fare in modo che questi si servissero del diritto per riuscire a sviluppare e a far emergere le dinamiche delle politiche democratiche e, dall'altro, quello di limitare il potere repressivo regolandolo, appare altresì rilevante come l'obiettivo attuale – rileva lo stesso Teubner – consista, invece, nel favorire e nel disciplinare «dinamiche sociali

Cedam, 2008 e STAFFEN, Márcio R.; GUERRA, Luis. A. P.. The form of Transnational Law. *Sequência* (Florianópolis), v. 42, n. 87, p. e82466, 2021.

² Le criticità derivano, in primo luogo, dal fatto che la “morbidezza” della *soft law*, «oltre ad essere declinata in termini di *flessibilità delle procedure e vaghezza dell'orizzonte giustificativo*, si riflette nell'eterogeneità delle forme» (ALGOSTINO, Alessandra. La *soft law* comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico? *Costituzionalismo.it*, n. 3, p. 253-285, 2016, p. 258, corsivo mio), dando luogo a un «insieme disomogeneo di atti e fatti normativi», MOSTACCI, Edmondo. **La soft law nel sistema delle fonti**: uno studio comparato. Padova: Cedam, 2008. È nella stessa direzione che si sono sviluppate le riflessioni di F. Terpan, il quale sottolinea (citato da Algostino) «the difficulty with soft law is the very fluidity of the notion. Paradoxically, soft law is an oft-used concept, which is still given very different meanings as no consensus has emerged in scholarship», TERPAN, Fabien. *Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law*. **European Law Journal**, v. 21, n. 1, p. 6, 2014.

³ TEUBNER, Gunther. Ordinamenti frammentati e Costituzioni sociali. In: FEBBRAJO, ALBERTO; GAMBINO, FRANCISCO (orgs.). **Il diritto frammentato**, Serie sociologico-giuridica. Milano: Giuffrè Editore, 2013, p. 377.

diverse, e di farlo a livello globale».

Il quesito che emerge in modo naturale da questa considerazione ruota pertanto intorno al ‘se’ la teoria costituzionale riuscirà a generalizzare le idee sviluppate in riferimento allo Stato nazione, e a ri-specificarle in modo da poterle adattare alle questioni contemporanee. In altre parole: possiamo considerare la tradizione delle costituzioni nazionali un terreno fertile da cui ripartire per far fronte al concomitante verificarsi dei fenomeni di privatizzazione e di globalizzazione? Certamente non si può rispondere a tale quesito senza indagare le sfaccettature del legame che intercorre *tra diritto e forza*, e tra quest’ultima e la trasformazione della società⁴. Un elemento, questo della forza, che si colloca al centro di una vera e propria «lotta per il diritto»⁵, per utilizzare le parole di A. Algostino: lungi dal condurre verso una «retta via», infatti, il percorso tracciato conduce ad una «selva oscura» che esprime la relatività, nelle sembianze e nel carattere, del diritto quale realtà proteiforme. È proprio la forza, rileva l’autrice, la costante riscontrabile dietro questa relatività, derivando il diritto, quale fenomeno sociale, dai rapporti di forza che si instaurano nella società: «Dei rapporti di potere il diritto è espressione e veicolo, donde la sua qualificazione come forza»⁶.

Ma quale forza agisce sul diritto e sulle sue fonti, erodendo la democraticità di cui le costituzioni social-pluraliste sono depositarie? Ecco allora la necessaria esplorazione di “nuovi sovrani”, che dominano il mutamento dal paradigma del costituzionalismo a quello della *global economic governance*, dall’attenzione per la *persona* a quella per i *mercati*, originando una metamorfosi dei principi e delle modalità attuative che depotenzia il costituzionalismo democratico, mediante «l’inattuazione o la trasfigurazione, tramite fonti sub-costituzionali, *hard* e *soft*, o operazioni di deregolamentazione e privatizzazione»⁷. Si tratta, pertanto, di un processo che vede il diritto politico minacciato dalla contrattualizzazione e dalla privatizzazione e, specularmente, la legittimità democratica minacciata dall’effettività (venendo a contrapporsi validità ed efficacia). Il crescente e pervasivo ruolo dei privati appare lampante osservando i meccanismi *Investor-State Dispute Settlement* – ISDS – con particolare riguardo per gli impatti sulla giustizia statale, in tal modo *esautorata e privatizzata*: ne sono prova i tribunali speciali per la sicurezza degli investitori quali «icona del diritto *à la carte* dei privati»⁸.

È questo, in buona sostanza, il “brodo di coltura” all’interno del quale avviene lo

⁴ STAFFEN, Marcio. R. On the authority of transnational law. *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, v. 23, n. 1, p. 468-485, 2021.

⁵ Oggetto del secondo capitolo in ALGOSTINO, Alessandra. **Diritto proteiforme e conflitto sul diritto**. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto. Torino: Giappichelli, 2018.

⁶ ALGOSTINO, Alessandra. **Diritto proteiforme e conflitto sul diritto**. p. 57.

⁷ ALGOSTINO, Alessandra. **Diritto proteiforme e conflitto sul diritto**. p. 99.

⁸ ALGOSTINO, Alessandra. **Diritto proteiforme e conflitto sul diritto**. p. 166.

spostamento – sempre più forte, sempre più frequente, sempre più pervasivo – del centro del sistema delle fonti da quelle tradizionali di “*hard law*” a quelle di “*soft law*”: basti pensare alla massiccia produzione di questa, per esempio, da parte dell’Unione europea, la quale confligge con il quadro costituzionale delle democrazie pluraliste a partire dalla «sua esistenza eteronoma rispetto a un quadro di legittimazione democratica»⁹. Per la verità, ad ogni modo, l’attacco a fonti espressione di confronto pluralistico non è da considerarsi solo ed esclusivamente ascrivibile al conflitto tra le due *species* poco sopra menzionate, ma è da tempo inscritto – per ragioni non scollegate – anche in seno alle fonti interne: la più nota e percettibile manifestazione di ciò si rinviene nell’uso abnorme delle fonti proprie dell’esecutivo, in particolare della decretazione d’urgenza (decreto legge), a detrimento dell’atto parlamentare per eccellenza (la legge ordinaria dello Stato). Un fenomeno che sembra assumere una portata non trascurabile, in particolare nel caso dei c.d. “esecutivi tecnici” italiani, ad opera dei quali tale impiego appare ancora più svincolato dalla naturale legittimazione democratica richiesta nel quadro di un ordinamento pluralista.

La questione, dunque, ben oltre un attaccamento formale alle “sembianze” delle fonti del diritto, è una questione sostanziale dal punto di vista democratico, a maggior ragione in un contesto in cui le pressioni dell’emergenza pandemica globale hanno chiaramente mostrato la debolezza della risposta pubblica a seguito del pluriennale depauperamento delle strutture e dei servizi dello Stato, a favore di *spending review*, pareggio di bilancio, e privatizzazioni. A ciò si aggiunga la altrettanto evidente carenza di meccanismi solidaristici – a fronte della retorica esibita – al livello sovranazionale dell’Unione europea (l’accesa discussione su PNRR e MES ha, infatti, messo in luce la perdurante asimmetria di potere tra Stati membri, a sfavore di quelli che presentano maggiori fragilità). Al di là di quanto già emerso (le cui conseguenze graveranno a lungo sui soggetti socio-economicamente più fragili), la situazione emergenziale rischia, inoltre, di configurarsi come un *humus* fertile per il rafforzamento (e per un’ulteriore emersione) di quei “nuovi” sovrani e di quelle – tanto proteiformi quanto perniciose e degenerative – trasformazioni dei rapporti di forza. Vale, in sostanza, la pena di prestare attenzione nel chiedersi se oggi «Alla Costituzione scritta è venuta sostituendosi una Costituzione di fatto, *assai diversa*»¹⁰. Dobbiamo concludere «che, mutato il rapporto delle forze, la Costituzione *non serve più a nulla?*»¹¹.

⁹ ALGOSTINO, Alessandra. **Diritto proteiforme e conflitto sul diritto**. p. 193.

¹⁰ BASSO, Lelio. **Il principe senza scettro**. Palermo: Feltrinelli, 1999, p. 316.

¹¹ BASSO, Lelio. **Il principe senza scettro**. p. 316 (corsivo mio). È richiamando il pensiero di Marx e Lassalle che Basso sviluppa le riflessioni conclusive dell’opera, incentrate sul nesso tra rapporto di forze e Costituzione, sostenendo fermamente che «se non si muta quel rapporto di forze i testi costituzionali servono a poco» (corsivo mio). Sottesa a ciò vie è l’argomentazione (BASSO, Lelio. **Il principe senza scettro**. p. 316, corsivi miei) in virtù della quale «Sotto questo profilo *sarebbe, peggio che ingenuo, colpevole, considerare la Costituzione come una conquista definitiva*, il punto d’arrivo della nostra battaglia democratica. *Ma sarebbe anche peggio che erroneo, colpevole, sottovalutare il significato morale e politico della Costituzione, la forza che si sprigiona dal fatto che*

Sottrarsi al cercare risposte, o offrirne di evasive e artefatte, *costerebbe molto caro*. E poiché da queste risposte dipende il destino del costituzionalismo italiano del tempo presente – esse decretando *se e perché* il progetto democratico seminato dal Costituente sarà “vivente” o “morente” – la ricerca delle medesime non può e non deve eludere (per correggere la rotta) la consapevolezza storica che «Dietro la tesi dell’esclusivo diritto di *governo dei migliori*¹² si nasconde di regola solo un *dispiegamento estremamente acritico e miracolistico della forza*»¹³.

Il rigorismo di bilancio e la costante presenza, sullo sfondo di ogni processo decisionale, del terrore del rialzo dello *spread* hanno trovato, in Italia, un terreno inequivocabilmente fertile nella classe politica e nei governi tecnici – segnatamente in quelli guidati da Mario Monti prima e da Mario Draghi poi – impostisi a seguito della costituzionalizzazione del pareggio di bilancio (2012). La sempre più marcata retorica della resilienza come mantra costante dell’agire pubblico, all’ombra del quale si richiedono sacrifici perspicuamente contrastanti con il progetto democratico del Costituente¹⁴ sembra ormai un orizzonte sempre più radicato e normalizzato.

*essa esiste, che contiene principi, che è stata il frutto di tanti sacrifici passati ed è oggi punto di riferimento di tante speranze avvenire. [...] Certo, per realizzarla, bisogna mutare il rapporto delle forze. Ma anche la Costituzione è una forza, e tanto più lo diventerà se gli Italiani mediteranno l’altro insegnamento dato da Lassalle ai suoi ascoltatori nello stesso discorso: “Voi tutti pur siete una parte della Costituzione”» (la citazione lassalliana conclusiva riportata da Basso è tratta da LASSALLE, FERDINAND. **Delle Costituzioni**. 1902, p. 10).*

¹² Di considerevole interesse e stimolante attualità è come H. Kelsen abbia individuato – tra gli elementi sintomatici di un declino delle esperienze democratiche – *il portato degenerativo della risorsa retorico-semanticamente del «meglio» e del governo dei «migliori»*, e di come ne abbia sviluppato la descrizione *in stretta aderenza all’aspetto della forza (e dei rapporti di forza) e alla questione del ruolo dei tecnici*. Egli sostiene, su questo, che «Ciò che conta è la risposta all’interrogativo: “che cos’è il meglio?”, “in che consiste?”; e ancora: “chi è il migliore?”, “qual è il metodo che porta con assoluta certezza a che il migliore e solo il migliore giunga al potere e conservi – contro l’assalto dei cattivi – il dominio?”. Questa è una domanda decisiva dal punto di vista della teoria e della prassi sociale, ma alla quale non si dà nessuna risposta da parte antidemocratica. Quest’ultima si aspetta ogni salvezza dal capo, ma la creazione del capo, che nella democrazia avviene alla chiara luce di un procedimento pubblicamente controllabile, cioè attraverso il voto, resta nell’autocrazia velata nell’oscurità mistica. Qui il metodo razionale viene sostituito dalle fedi nel miracolo sociale. Col capo graziato da Dio, che sa e vuole il bene e la cui esistenza viene semplicemente presupposta, il problema tecnico-sociale dell’organizzazione non viene risolto ma spostato, occultato ideologicamente. *La realtà effettiva della dittatura mostra però che è la forza che decide [...]* Sulla base della dottrina secondo cui *deve governare il migliore*, si solleva di regola la pretesa che in tutte le questioni, o per lo meno in tutte le questioni oggettive, *si debba lasciar decidere ai tecnici*; contemporaneamente si contrappone all’organizzazione democratica quella professionale», KELSEN, Hans. Difesa della democrazia. In: CARRINO, Agostino (org.) **Essenza e valore della democrazia**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 85 (corsivi miei). Conclude altresì: «Tanto è giusto che problemi tecnici nel senso più ampio della parola non possono essere risolti unicamente con decisioni di maggioranza, *altrettanto è sbagliato vedere tra il principio democratico e quello tecnico-professionale un contrasto fondamentale*».

¹³ KELSEN, Hans. Difesa della democrazia. In: CARRINO, Agostino (org.) **Essenza e valore della democrazia**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 85.

¹⁴ Sul punto si veda PETTINARI, Nicola. La positivizzazione normativa della ‘retorica della resilienza’. Riflessioni sulla crisi dei fondamenti pluralisti e sociali nel costituzionalismo italiano del tempo presente. *Nomos. Le attualità nel diritto*, v. 2, p. 1-31, 2022.

2. UN CASO DI STUDIO: IL RUOLO (PREDOMINANTE) DELLA “SOFT LAW” NELL’ENTRATA IN FUNZIONE, NELL’ATTIVITÀ E NELL’ORGANIZZAZIONE DELL’UFFICIO PARLAMENTARE DI BILANCIO (UPB) ITALIANO

Non è un caso che proprio la *soft law* abbia giocato un ruolo estremamente rilevante nell’implementazione dell’organismo chiamato a sorvegliare i conti pubblici italiani: l’Ufficio parlamentare di bilancio (d’ora in avanti UPB). Istituito nel 2014, esso nasce con lo scopo di omologare le scelte macroeconomiche del paese alla nuova *governance* finanziaria solidificatasi a seguito di quel *Fiscal compact* rispetto al quale la costituzionalizzazione italiana del pareggio di bilancio ha voluto intendersi come l’atto politico-giuridico espressione di una totale saldatura dei destini del paese – membro dell’Eurozona – a quelli della sovranazionalità eurounitaria.

L’intera vita di tale organismo sembra, esemplarmente, strutturarsi – in entrata e in uscita – alla luce (o all’ombra?) della *soft law*, essendo mediante questa tipologia di atti che è stata posta in essere la sua entrata in funzione (mediante un *Protocollo* istitutivo), ed essendo con atti di analoga natura che vengono regolati i suoi rapporti esterni (mediante *intese, convenzioni e accordi*) e le sue dinamiche di funzionamento interne (è il caso degli atti di auto-organizzazione dell’Ufficio: *Regolamenti interni e Codice etico*)¹⁵.

Bene sottolineare come, in realtà, si fosse originariamente stabilito che il tutto dovesse avvenire mediante riforma dei Regolamenti parlamentari (fonti dotate di particolare copertura e autorevolezza, dati i meccanismi di approvazione e le sedi), e dunque che questa totalizzazione del ruolo della *soft law* possa essere inquadrata come fenomeno particolarmente dissonante (qualificandosi, non secondariamente, come un “passo indietro” rispetto alle previsioni originarie).

Con lo scopo di supplire a questa mancata riforma dei Regolamenti delle due Camere, si è quindi prodotto un *Protocollo sperimentale* volto a specificare i contenuti della legge in modo da procedere ai primi *step* attuativi. È già con questo atto che è possibile notare come la disciplina di aspetti vitali dell’organismo si leghi, sul piano delle fonti, alla tipologia della *soft law*, rendendo possibili alcune delle osservazioni che seguiranno e che, nel caso specifico del Protocollo istitutivo, sembrano marcare una potenziale tendenza patologica riscontrabile nel permanere in vigenza di un atto che avrebbe dovuto caratterizzarsi non solo come *sperimentale*, ma soprattutto come *transitorio*, in attesa della riforma dei Regolamenti parlamentari (fatto riscontrabile, al tempo presente, dopo una significativa distanza di tempo dalle condizioni che – per necessità di entrata in funzione dell’organismo – resero

¹⁵ Per una descrizione dettagliata di questi, in particolare dei loro contenuti e delle loro implicazioni, si veda PETTINARI, Nicola. **L’organismo indipendente di bilancio in Italia**. Origini, caratteristiche, prospettive. Torino: G. Giappichelli Editore, 2021.

concretamente necessaria, all'epoca, l'adozione del Protocollo).

Detta potenziale caratterizzazione patologica del fenomeno – che, se ulteriormente duratura, può fondare l'ipotesi di una *elusione* della riforma dei Regolamenti e dell'attuazione delle riserve di fonte previste ai ranghi superiori delle fonti – è, inoltre, tendenzialmente generalizzabile all'intero complesso di fonti di *soft law* chiamate a disciplinare azioni e momenti centrali della vita dell'organismo (una centralità ben visibile da come esse intervengano su aspetti quali, per citarne alcuni, dei principali *status*, doveri, e responsabilità dei dipendenti, scambi di informazioni, comunicazione, riservatezza e segretezza, trasparenza). Ciò, ovviamente, con l'aggravante riscontrabile nei casi in cui gli atti riconducibili a questa tipologia regolino quegli elementi pertinenti alla struttura, alle funzioni e al funzionamento che la legislazione di rango superiore ha riservato ai Regolamenti.

Riprendendo quanto sopra accennato, gli atti espressioni tangibili del ricorso alla *soft law* possono essere principalmente ricondotti a due tipologie di fondo. Da un lato, vi sono quelli ove si persegue lo scopo di disciplinare – in forma prettamente pattizia – le *relazioni esterne* dell'Ufficio con altri soggetti, rispondendo a una naturale necessità dello stesso di inserirsi nella compagine di enti e strutture che, a livello centrale, intervengono su comuni “campi di azione” (confrontandosi e interagendo con essi, specialmente per quanto concerne la condivisione e lo scambio di dati e informazioni). Sono da ricondurre a questa tipologia di atti i *Protocolli d'intesa*, gli *Accordi*, e le *Convenzioni*. Spiccano, tra i soggetti con i quali sono stati sviluppati e stabilizzati momenti di intersezione operativa nel senso ricordato, il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), la Ragioneria Generale dello Stato, l'INPS e l'Agenzia delle Entrate. Dall'altro lato, la *soft law* emerge quale espressione di *auto-organizzazione* e di *auto-disciplina*: appartengono a questa tipologia di atti i *Regolamenti interni* adottati dall'Ufficio – allo stato attuale tre – e il *Codice etico* (nel quale sono enunciati i principi generali a cui il personale è tenuto ad attenersi nello svolgimento delle proprie funzioni, data la natura pubblica dell'organismo e la rilevanza degli interessi affidati alla sua cura).

Le criticità emergenti in modo particolare dall'uso anomalo della *soft law* in funzione sostitutiva dei Regolamenti parlamentari aprono le porte a necessarie osservazioni, presenti e future, sul livello di *legittimazione democratica* di cui effettivamente godono alcune tra le disposizioni più importanti nella disciplina di un organismo dal ruolo tanto strategico quanto “delicato” nel contesto della nuova *governance* economica dell'Italia in qualità di Stato-membro dell'Unione europea.

Indipendentemente dalle ragioni (scarsamente) manifeste individuabili alla base dell'ormai nota *elusione* del confronto parlamentare e della connessa revisione dei Regolamenti, come pure da quelle latenti (in parte ipotizzabili, a tratti intuibili, ma praticamente indimostrabili), non rimane che constatare il perdurare dell'affidamento della disciplina dell'UPB a una fonte di *soft law*, innervata di (varie e consistenti) criticità, ben

diversa dalla fonte regolamentare che la legge rinforzata aveva previsto. Quale che ne sia la causa, appare però necessario sottolineare il bisogno della consapevolezza del fatto che «la soluzione alternativa venutasi così a legittimare rappresenta *un precedente potenzialmente molto pericoloso di fuga dalla revisione dei regolamenti parlamentari*¹⁶ che nessuna garanzia consente di offrire sulla transitorietà e sul carattere realmente *sperimentale* della disciplina adottata»¹⁷. Se la *sperimentalità* appare parzialmente comprensibile in considerazione dei bisogni dettati dall'urgenza, consentendo all'organismo di avviare la propria esistenza (ove la *deminutio* rispetto al Regolamento avrebbe dovuto attenuarsi mediante la rassicurazione della *transitorietà*), il perdurare di tale stato di fatto è inopportuno e ingiustificabile, risiedendo la sua pericolosità nel rischio di rendersi funzionale alla *normalizzazione* non solo, nel caso particolare, dell'inesistenza dell'UPB nei Regolamenti, ma di una più generale – e sistemicamente perniciosa – tendenza alla fuga dalla revisione dei Regolamenti parlamentari. Una fuga potenzialmente da intendersi, in prospettiva, come *elusione – tendenzialmente permanente e opportunistica – dei Regolamenti stessi e, ancora peggio, dell'attuazione delle riserve di fonte tout court*, con grave pregiudizio della *ratio* di garanzia di cui queste sono espressione.

Il permanere del Protocollo sperimentale istitutivo nel suo ruolo di fonte sostitutiva dei Regolamenti parlamentari costituisce, insomma, per i motivi detti, un elemento di vulnerabilità nel legame tra sistema delle fonti e disciplina dell'UPB, qualificandosi come un *ricorso patologico alla soft law*. A ciò si aggiunga che l'adozione del Protocollo istitutivo emerge, in questo senso, come atto inaugurale di una tendenza ulteriormente solidificatasi nei processi di positivizzazione della disciplina inerente all'organismo, e che non sembra messa, allo stato attuale, in discussione: quella a eludere momenti di confronto, interlocuzione e approvazione in sedi più ampiamente – e democraticamente – legittimanti. Ne è prova tangibile come l'organismo abbia consistentemente selezionato l'opzione della *soft law* come soluzione privilegiata per regolare aspetti non direttamente disciplinati nel dettaglio dalle altre tipologie di atti offerte dal ventaglio – non certo scarno – delle fonti tradizionali disponibili. In buona sostanza, l'Ufficio sembra ricorrere in via esclusiva alla *soft law* per tutto ciò che concerne *il dettagliare e lo sviluppare attività connesse all'esercizio delle funzioni che la legge rinforzata attribuisce all'organismo*.

¹⁶ Corsivo mio (mentre il successivo «*sperimentale*» è un corsivo frutto della volontà dell'autrice del brano citato).

¹⁷ GRIGLIO, Elena. Il protocollo sull'Ufficio parlamentare di bilancio: una «fuga» dai regolamenti parlamentari?. **Quaderni costituzionali**, v. 1, 2014. p. 119.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Rilevando la tendenza appena descritta dell'organismo di bilancio, va parallelamente osservato come questa si ponga in forte sintonia e continuità con una più ampia e diffusa tendenza rinvenibile, nel contesto italiano, in organismi che presentano elementi di forte analogia (a partire dal requisito, fondamentale, dell'indipendenza) con l'UPB: è questo, ad esempio, il caso delle Autorità indipendenti. Nel panorama nazionale, infatti, «tra gli atti di *soft regulation* adottati dalle pubbliche amministrazioni, spiccano i numerosi interventi di *moral suasion* o *dissuasion* elaborati dalle varie Autorità amministrative indipendenti (AI)»¹⁸.

La tendenza all'adozione di atti di *soft law* è, inoltre, nettamente riscontrabile nella produzione normativa dell'Unione europea¹⁹, ove assume la portata di un vero e proprio *leitmotiv*. Una tendenza chiaramente attestata dai dati quantitativi – oltre che qualitativi – raccolti e pubblicati nei Report prodotti dalle Istituzioni europee, che già dieci anni fa

¹⁸ MORETTINI, S. Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie? **Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione**, v. 5, 2011, p. 2011. Disponibile in: http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2011/08/Paper_Morettini_SoftLaw_luglio2011.pdf. Tra questi interventi, come ricordato dall'autrice del Paper, possono essere annoverate 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, e le determinazioni dell'AVCP. Questi interventi si presentano come caratterizzati «da un elevato grado di informalità e si collocano al di fuori del sistema delle fonti normative tipizzate, dando origine a quelle che nel diritto anglosassone sono qualificate come *tertiary rules*» (MORETTINI, S. Il soft law nelle Autorità indipendenti). Per quanto riguarda le "*tertiary rules*" – che includono variamente regole procedurali, guide interpretative, istruzioni ai funzionari, e documenti analoghi – si rimanda a BALDWIN, Robert. **Rules and Governement**. Clarendon Press, 1995, spec. pp. 80 ss., dove Baldwin utilizza questa indicazione contrapponendola alla "*secondary legislation*", alla quale sono da ricondurre quelle fonti sub-legislative che trovano nella legge un fondamento espresso. Circa i motivi che conducono le Autorità indipendenti a optare per queste fonti, possono rilevarsi diverse ipotesi oscillanti tra situazioni in cui «tale scelta rappresenta semplicemente una scorciatoia per colmare una lacuna o per anticipare un successivo atto vincolante» e altre in cui, invece, «l'Autorità preferisce adottare un atto persuasivo per non irrigidire eccessivamente le regole del mercato di riferimento», MORETTINI, S. Il soft law nelle Autorità indipendenti, p. 5. Si vedano, inoltre, CINTIOLI, Fabio. **I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione**. Disponibile in: <http://www.giustizia-amministrativa.it>; L. TORCHIA, **La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei**. Relazione al convegno Le autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive. Svolto il 28 febbraio 2013 presso il Consiglio di Stato.

¹⁹ Per un approfondimento, si vedano TERPAN, Fabien. *Soft Law in the European Union*. **European Law Journal**, v. 21, p. 68-96, 2015. Disponibile in: <https://doi.org/10.1111/eulj.12090>; POGGI, Annamaria. **Soft law nell'ordinamento comunitario**, Relazione tenuta al convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti "L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali", Catania, 14-15 ottobre 2005 (consultato in <http://www.astridonline.it/static/upload/protected/POGG/POGGI-Soft-law-ord-com-AIC.pdf>); L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, 2004.

rilevavano come circa un terzo delle analisi di impatto della regolamentazione (AIR) realizzate dalla Commissione riguardasse proprio *iniziative non legislative*, riconducibili al *genus* della *soft law* (libri bianchi, piani d'azione, ecc.)²⁰.

Appare utile notare come la sfera delle fonti di *soft law* sia da ritenersi fortemente intrecciata a quella della *governance*: due parole – scrive R. Bin – «quasi quasi coetanee e sicuramente connesse»²¹, dove «*soft law* rappresenta una produzione di regole che avviene per canali diversi dalle procedure formali tipiche delle istituzioni costituzionali di governo, e rinvia piuttosto a modi “nuovi”, comunque diversi di gestire processi decisionali complessi, la *governance* per l'appunto»²². Ma, naturalmente, «il fenomeno non è solo linguistico: *soft law* allude ad un certo superamento del ruolo dell'*hard law*, ossia il diritto proveniente dalle istituzioni politiche, e *governance* al superamento delle procedure con cui quelle istituzioni decidono»²³. Indiscutibile, in effetti, è come il cospicuo ricorso alla *soft law*²⁴ da parte dell'UPB si evinca proprio quale connotato distintivo di tale espansione della *governance* e, possiamo aggiungere, *dell'intima connessione di quest'ultima con il piano della tecnica, a scapito di quello del confronto politico*, il tutto richiudendo il cerchio su come la nozione di *soft law* vada ricondotta, infatti, a un «certo superamento del ruolo dell'*hard law*, ossia il diritto proveniente dalle istituzioni politiche, e [quella di] *governance* al superamento delle procedure con cui quelle istituzioni decidono»²⁵. Appare pertanto indicativo come *già l'organizzazione delle fonti che danno forma all'organismo si presenti nella veste di una criticità* capace di esporre il medesimo alla menzionata deriva tecnocratica.

Quello dell'UPB è certamente un caso esemplare (*in primis* per la sua centralità in termini di sorveglianza e rigorismo di bilancio) ma, come emerso, non è certo isolato, anzi, tutt'altro, andando a collocarsi come tessera di un mosaico ben più esteso e animato da un *trend* crescente che vede la *soft law* – e, soprattutto, i suoi autori (sempre più chiusi in comitati tecnici e think tank ristretti e selezionati senza connessioni con il corpo elettorale) – erodere esizialmente gli spazi della politica democratica. La legge dello Stato viene così a

²⁰ Si veda, in tal senso, EUROPEAN COMMISSION. **Impact Assessment Board Report for 2010**. Brussels, 2011, p. 126.

²¹ BIN, Roberto. *Soft law, no law*. In SOMMA, Alessandro. (org.). **Soft law e hard law nelle società postmoderne**. Torino: Giappichelli, 2009. p. 31 ss.

²² BIN, Roberto. *Soft law, no law*. In SOMMA, Alessandro. (org.). **Soft law e hard law nelle società postmoderne**. Torino: Giappichelli, 2009. p. 31 ss.

²³ BIN, Roberto. *Soft law, no law*. In: SOMMA, Alessandro. (org.). **Soft law e hard law nelle società postmoderne**. Torino: Giappichelli, 2009. p. 31 ss.

²⁴ Mediante la quale vengono disciplinati aspetti strutturali, funzionali, e di relazione con altri soggetti istituzionali.

²⁵ BIN, Roberto. *Soft law, no law*. In: SOMMA, Alessandro. (org.). **Soft law e hard law nelle società postmoderne**. Torino: Giappichelli, 2009, p. 31.

dissolversi sul piano della sua declinazione spaziale (si risponde a pressioni e *diktat* esogeni, sovranazionali, dal respiro direttamente e indirettamente globale) e su quello della natura della sua tipicità come fonte: le forme che assume sono sempre più plastiche e meno riconoscibili, sempre più sfuggenti e sempre meno centro di responsabilità per chi le emette, sempre più liquide (o «fluide», per utilizzare un termine caro al *kosmos* valoriale dei neoliberismi di ultimissima generazione) quanto più dure nel rovesciarsi sui vissuti di persone, comunità, permanentemente stressati da un processo di indebolimento riconducibile alle decisioni formalizzate o ispirate da queste fonti che di morbido – oltre l'apparentemente rassicurante aggettivo fissato nell'anglicismo che le indica nella sua declinazione – sembrano avere ben poco. Con l'evidente eccezione, chiaramente, del sistema di protezione del diritto e dei diritti che la gerarchia delle fonti costituzionalmente previste dal Costituente; un sistema di protezione il quale più che morbido appare, in realtà, sgretolato nel suo apparato locomotore: disossato dal suo scheletro e inflaccidito nella sua struttura muscolare, e così incapaciato nel deambulare e nel resistere agli attacchi alla statualità e ai principi fondamentali.

Lungi dal prospettare soluzioni monoliticamente dogmatiche e apoditticamente salvifiche, non si può che sottolineare la necessità che il quadro descritto venga ricondotto a una rivitalizzazione del significato più intrinseco del costituzionalismo democratico attraverso il recupero del «senso del diritto come contropotere»²⁶, non trascurando il ruolo di un diritto dal basso quale espressione di uguaglianza, veicolo di giustizia e strumento di emancipazione, in netta contrapposizione con le evidenti derive oligarchiche connesse all'avanzata del neoliberismo e del neo-liberalismo. Richiamando l'analogia del diritto con Proteo, e quindi con la sua multiforme capacità di mostrare varie sembianze, non si può che concludere – per il momento – in altra maniera che rimarcando il dovere, per il diritto, di manifestarsi «non come Bía ma come Díke»²⁷.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALGOSTINO, Alessandra. **Diritto proteiforme e conflitto sul diritto**. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto. Torino: Giappichelli, 2018

ALGOSTINO, Alessandra. La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico? **Costituzionalismo.it**, n. 3, p. 253-285, 2016

BALDWIN, Robert. **Rules and Governement**. Clarendon Press, 1995.

²⁶ ALGOSTINO, Alessandra. **Diritto proteiforme e conflitto sul diritto**. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto. Torino: Giappichelli, 2018, p. 205.

²⁷ ALGOSTINO, Alessandra. **Diritto proteiforme e conflitto sul diritto**. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto. Torino: Giappichelli, 2018, p. 206.

BASSO, Lelio. **Il principe senza scettro**. Palermo: Feltrinelli, 1999, p. 316.

BIN, Roberto. Soft law, no law. In SOMMA, Alessandro. (org.). **Soft law e hard law nelle società postmoderne**. Torino: Giappichelli, 2009.

GRIGLIO, Elena. Il protocollo sull'Ufficio parlamentare di bilancio: una «fuga» dai regolamenti parlamentari?. **Quaderni costituzionali**, v. 1, 2014. p. 119.

KELSEN, Hans. Difesa della democrazia. In: CARRINO, Agostino (org.) **Essenza e valore della democrazia**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 85.

LASSALLE, FERDINAND. **Delle Costituzioni**. 1902.

MORETTINI, S. Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie? **Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione**, v. 5, 2011, p. 2011.

Disponibile in: http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2011/08/Paper_Morettini_SoftLaw_luglio2011.pdf.

MOSTACCI, Edmondo. **La soft law nel sistema delle fonti**: uno studio comparato. Padova: Cedam, 2008

PASTORE, Baldasse. Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti. **Lavoro e diritto**, v. 1, n. 1, p. 5-16, 2003

PETTINARI, Nicola. **L'organismo indipendente di bilancio in Italia**. Origini, caratteristiche, prospettive. Torino: G. Giappichelli Editore, 2021.

PETTINARI, Nicola. La positivizzazione normativa della 'retorica della resilienza'. Riflessioni sulla crisi dei fondamenti pluralisti e sociali nel costituzionalismo italiano del tempo presente. **Nomos. Le attualità nel diritto**, v. 2, p. 1-31, 2022.

SOMMA, Alessandro. (org.). **Soft law e hard law nelle società postmoderne**. Torino: Giappichelli, 2009

STAFFEN, Márcio R.; GUERRA, Luis. A. P.. The form of Transnational Law. **Sequência** (Florianópolis), v. 42, n. 87, p. e82466, 2021.

STAFFEN, Marcio. R. On the authority of transnational law. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 23, n. 1, p. 468-485, 2021.

TERPAN, Fabien. Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law. **European Law Journal**, v. 21, n. 1, p. 6, 2014.

TEUBNER, Gunther. Ordinamenti frammentati e Costituzioni sociali. In: FEBBRAJO, Alberto; GAMBINO, Francisco (orgs.). **Il diritto frammentato**, Serie sociologico-giuridica. Milano: Giuffrè Editore, 2013, p. 377.

INFORMAÇÕES DO AUTOR

Nicola Pettinari

Dottore di Ricerca in Sociologia - Università degli Studi di Macerata. Attualmente Ricercatore (tipo RTD-B) in Istituzioni di Diritto pubblico (IUS/09) afferente al Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Perugia, dove riveste il ruolo di titolare dell'insegnamento di "Istituzioni di Diritto pubblico" e dell'insegnamento di "Democrazia partecipativa". E-mail: nicola.pettinari@unipg.it.

COMO CITAR

PETTINARI, Nicola. «DÍKE» o «BÍA»? Dalla "hard law" alla "soft law": una breve riflessione sull'impatto di neo-liberismo e neo-liberalismo sulle Fonti del Diritto. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 28, n. 2, p. 337-351, 2023. DOI: 10.14210/nej.v28n2.p337-351.

Recebido em: 09 de abr. de 2023

Aprovado em: 23 de jun. de 2023