

Covid-19: il dialogo di *hard* e *soft law* e le trasformazioni della normazione

Vincenzo Desantis

Sommario: 1. Premessa: i testi dell'emergenza come laboratori di indicazioni miste – 2. L'intricato retroterra delle possibili e nuove mutazioni – 3. Una breve rassegna delle occasioni di commistione – 4. Un confine sfumato tra modelli definiti – 5. Il possibile dialogo tra due modelli – 6. Vantaggi e svantaggi delle formule miste – 7. Conclusioni

1. Premessa: i testi dell'emergenza come laboratori di indicazioni miste

L'emergenza epidemiologica di questi mesi ha determinato stravolgimenti di non poco momento in svariati ambiti della realtà quotidiana ed il mondo del diritto, *pro parte sua*, non sembra fare eccezione a questo stato di cose.

Con il trascorrere delle settimane, sono stati molti i quesiti giuridici che la crisi ha proposto agli studiosi del diritto e sono state, conseguentemente, numerose le voci che si sono levate per fornire una spiegazione o una ricostruzione giuridica dei vari cambiamenti in atto¹. Molti au-

(1) Per tutti, si richiamano, qui, i contributi di M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*; M. NOCCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*; S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, tutti disponibili in Osservatorio Emergenza Covid-19, 1, pubblicato su federalismi.it; L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria ed ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore*; G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*; A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del Covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*; tutti in *BioLaw Journal*, 1, 2020, *Special Issue* (d'ora in avanti 1S, 2020). Con riguardo agli effetti che l'emergenza sanitaria ha determinato rispetto ad alcuni e specifici temi si rinvia, poi, a titolo esemplificativo, a P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri* o, ancora, a G.M. CAPORALE, L. TRAPASSI, *La libertà di esercizio del culto cattolico in Italia in epoca di Covid-19. Una questione di diritto internazionale*; C. GENTILE, *L'epidemia di Covid-19, la libertà di culto ed i rapporti Stato-Chiesa*, tutti su federalismi.it. Per altri spunti su temi specifici si richiamano, poi, i contributi di C. CIARDO, *Il Servizio Sanitario Nazionale alla prova dell'emergenza Covid-19: il rischio di una sanità diseguale*; C. CROCIETTA, *Diritti sociali e prossimità alla prova del Coronavirus. Una "prima analisi" antro-*

tori, pur manifestandosi consapevoli della difficoltà del momento, hanno evidenziato che l'impossibilità di gestire la crisi secondo canoni di piena fisiologia giuridica potrebbe prestare (o aver prestato) il fianco a violazioni più o meno gravi, determinando, almeno in qualche caso, il cedimento di alcuni dei principi su cui si fonda l'intero ordinamento². Altri, valorizzando la portata innovativa delle deroghe che accompagnano e, verosimilmente, accompagneranno la transizione del Paese, han-

pológico-giuridica; C. MARIA REALE, *La dimensione costituzionale dell'emergenza: come l'epidemia moltiplica le disuguaglianze*, tutti su *BioLaw Journal*, 15, 2020.

(2) In questo senso, cfr., ad esempio, le interviste a S. CASSESE, pubblicate sul *Corriere dello Sport* del 30 marzo 2020, (titolo: *Il Governo in linea con la Carta, ma soltanto dopo il 25 marzo*) e su *IlDubbio.it* del 14 aprile 2020 (dal titolo: *Cassese – Il premier ha sbagliato a firmare quei decreti*), oltre che l'intervista intitolata *Emergenza coronavirus: sospensione dei diritti*, rilasciata a *Radio radicale* il 6 marzo 2020 e disponibile all'indirizzo: <http://www.radioradicale.it/scheda/600293/emergenza-coronavirus-sospensione-dei-diritti-intervista-al-professor-fulco-lanchester> (ultima consultazione d.d. 30 maggio 2020). In senso critico v. anche il breve commento di F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto-legge che un D.p.c.m.*, pubblicato su *IlSole24Ore* del 13 marzo 2020. Si soffermano più diffusamente su questi aspetti E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*; L. FABIANO, *La catena della normativa emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid-19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*; E. FALETTI, *La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia, tutti su federalismi.it*. Sulla tenuta costituzionale della normativa d'emergenza v., in particolare, F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*; G. MENEGAITO, *Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione*; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus*; R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*; M. DE NES, *Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza Covid-19*; A. PALMA, *Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza Covid-19*; L. DELL'ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, tutti su *BioLaw Journal*, 115, 2020. Condividono più o meno lo stesso approccio anche A. BARTOLINI, *#Torna il coprifuoco?# Alcune riflessioni sul #DPCM (Decreto Presidente Consiglio dei Ministri) #coronavirus# dell'8 marzo 2020*, disponibile su *ridiam.it*; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, disponibile su *federalismi.it*. Molto più severo sembra, invece, L.A. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, disponibile, a sua volta, su *federalismi.it*. Più o meno dello stesso avviso sembrano, poi, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del Coronavirus*, sempre disponibile su *federalismi.it* e G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistemapenale.it*. Si esprime, invece, in termini di legittimità, quantomeno rispetto al ricorso alla decretazione d'urgenza, F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, mentre argomenta il carattere necessitato degli interventi adottati dal Governo S. LICCIARDELLO, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*. Entrambi i contributi da ultimo citati sono, a loro volta, disponibili su *federalismi.it*. In tema v. anche M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, su *Questione giustizia*, 2020.

no evidenziato che lo stato di crisi possa costituire una preziosa occasione per ripensare al funzionamento di molti istituti e procedure, tacciati – a torto o a ragione – di obsolescenza o inadeguatezza³.

Senza particolari pretese di successo, il presente lavoro persegue il proposito di inserirsi in quest'ultimo filone di scritti, valorizzando alcuni dati emersi negli ultimi mesi e segnalando, per quanto possibile, che alcune delle trasformazioni registratesi di recente possano anche aver incoraggiato una parziale mutazione della normazione.

L'estrema complessità della situazione che abbiamo vissuto (e che, per molti aspetti, è ancora in corso) ha imposto l'adozione di evidenti e generalizzati divieti.

Allo stesso tempo, avuto riguardo ad altre situazioni pratiche, è stata vivamente raccomandata l'astensione da comportamenti che sembra, materialmente, difficile (o sproporzionato) vietare. Discorso in parte simile può, poi, essere svolto con riferimento ad altre raccomandazioni: quelle relative alla messa in pratica di accorgimenti che – per gli stessi motivi di cui sopra – non sembra possibile imporre o rendere oggetto di coercizione.

Raccomandazioni e divieti, dunque: indicazioni accomunate dal fatto di poter potenzialmente condividere il medesimo contenuto sostanziale,

(3) In questo senso si v., ad esempio, quanto sembra potersi riscontrare rispetto alle riflessioni condotte, in tema di appalti, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, A. POLICE, M. RENNA, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può: meglio agire subito*, pubblicato su *Il Foglio* del 2 aprile 2020. Si occupano, a loro volta, di emergenza sanitaria ed appalti, G. LEONE, *Coronavirus, sorte del paese e... appalti a sorte*; U. FRANGIPANE, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, entrambi su *federalismi.it*. Sempre con riferimento al rapporto tra emergenza sanitaria ed appalti, affronta la questione con approccio critico V. SCARPA, *Emergenza sanitaria Covid-19: possibili derive corruttive degli impianti derogatori in materia di appalti pubblici*, sempre su *federalismi.it*. Per quanto concerne, poi, il tema dell'inadeguatezza dell'apparato burocratico, cfr. S. CASSESE, *Salti a ostacoli contro la burocrazia, ma le colpe non sono sempre sue*, intervista pubblicata su *Il Foglio* del 24 giugno 2020; F. FRANCIARIO, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, su *federalismi.it*. Sull'emergenza sanitaria come generale occasione di rinnovazione sulla disciplina dello stato d'emergenza v., poi, S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni mediate*, su *BioLaw Journal*, 2, 2020. In tema di ripartenza, si rinvia, poi ed ancora, S. CASSESE, *Da dove ricominciare. I pesi reciproci di centro e periferia si sono rivelati squilibrati e il virus e la speranza. Governo e regioni si sono mossi ai limiti della Costituzione. Ma la democrazia esce rafforzata*, interviste rilasciate per *Il Foglio*, rispettivamente del 31 e del 24 marzo 2020. Sui problemi evidenziati dall'emergenza ed ancora in parte irrisolti si rinvia, invece, a A. D'ALOIA, *Postilla. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, su *BioLaw Journal*, 1S, 2020.

ma irrimediabilmente opposte dal punto di vista degli effetti derivanti dalla loro eventuale inosservanza.

Nella maggior parte dei casi, il titolo e la struttura degli atti che contengono tali due tipi di indicazioni (le raccomandazioni, da un lato, ed i divieti, dall'altro) consentono di ascrivere le formulazioni variamente elaborate ad un *contenitore* giuridico predeterminato, escludendo che si registrino commistioni tra il complesso delle istruzioni nate per il *consigliare* e l'*obbligare* all'osservanza di specifici precetti.

L'emergenza di questi giorni ha, però, evidenziato un dato già in parte ricavabile da altre occasioni normative, ed ha favorito la ricomprensione entro testi unitari di entrambi i tipi di indicazioni: i comandi certamente provvisti di vincolatività e le istruzioni comportamentali fortemente raccomandate. Anzi, raccomandate per la salvaguardia della salute pubblica: ecco, dunque, uno scenario complesso.

2. *L'intricato retroterra delle possibili e nuove mutazioni*

Se si ha riguardo agli sviluppi che interessano, oggi, il sistema delle fonti, si ritrae l'impressione che ogni analisi avente ad oggetto le vicende formative delle norme giuridiche o, più in generale, i processi evolutivi della normazione debba necessariamente misurarsi con l'ambiguità classificatoria riscontratasi rispetto ad alcune produzioni normative e con la difficile individuazione del regime giuridico di molte indicazioni.

L'epoca giuridica nella quale ci troviamo ad operare sembra, infatti, incoraggiare una rapida e costante ibridazione dei modelli, sia ammettendo che le tipiche fonti di produzione dei *precetti* possano anche dettare delle mere *raccomandazioni*, sia che alcune produzioni giuridiche trasfuse in atti formalmente (o apparentemente) sprovvisti di efficacia vincolante possano determinare il concreto contenuto di veri e propri obblighi.

Un esempio del primo caso può essere rappresentato da alcune delle fonti che si prenderanno in considerazione in questa sede: alcuni decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (atti certamente vincolan-

ti, ma il cui inquadramento entro il sistema delle fonti appare ancora in parte discusso⁴) contengono, infatti, sia *precetti* che *raccomandazioni*. Per altro verso, il contenuto di alcuni atti formalmente *non* vincolanti costituisce, in alcuni casi, il parametro alla stregua del quale poter determinare la concreta misura di un *obbligo* previsto da uno strumento vincolante⁵ o, come accade in altri casi, la base indicativa rispetto alla quale si ritiene di poter verificare la sussistenza di un profilo di respon-

(4) Si interroga sulla natura dei d.P.C.M. adottati per la gestione dell'emergenza E. RAFFIOTTA, *cit.*, p. 4, il quale annovera gli atti presidenziali tra le *ordinanze normative* previste da fattispecie aperte. Per uno studio sul tema si rinvia, tra gli altri, a G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 2016. Sul rapporto tra potere d'ordinanza ed emergenza si rinvia, invece, ad A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011. Per un approfondimento sui caratteri dell'atto amministrativo generale si v., invece, M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto amministrativo*, 2013; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003 ed altri classici contributi in tema, tra cui: M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, 1953; A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, ne *Il Foro Italiano*, 1951; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro italiano*, 1954; ID., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998.

(5) Questo è quello che, ad esempio, sembra accadere rispetto alle c.d. *Procurement Guidelines*, elaborate dalla Banca mondiale in vista della realizzazione di progetti da essa finanziati. Le *guidelines* in parola si compongono, infatti, di alcune disposizioni atte ad incanalare (ed a ridurre) il margine di discrezionalità di cui i destinatari dei finanziamenti possono beneficiare nella conclusione di contratti pubblici. In base ad una rapida osservazione della formulazione di questi strumenti sembra possibile affermare che si tratti di un complesso di istruzioni altamente qualificate ed autorevoli che, integrando il contenuto degli accordi con i quali i beneficiari assumono degli obblighi nei confronti dell'Organizzazione concedente il finanziamento, riempiono di contenuto l'accordo stesso, componendo, con ogni probabilità, la parte più consistente della regolamentazione contrattuale. Sono, difatti, le *guidelines* a stabilire quali debbano essere gli standard di etica professionale che i beneficiari dei finanziamenti debbano presentare per potersi accedere ed è proprio in base agli eventuali scostamenti che i beneficiari delle somme abbiano a perpetrare a danno del disposto delle *guidelines* che l'Organizzazione si determina a revocare i benefici concessi o ad irrogare sanzioni. Per maggiori informazioni in tema si rinvia a K. LEIPOLD, J. KLEMOW, F. HOLLOWAY, K. VAIDYA, *The World Bank e-Procurement for the Selection of Consultants: Challenges and Lessons Learned*, in *Journal of Public Procurement*, 3, 2004, oltre che al sito *web*: <https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-policies-and-guidance>, dove è possibile reperire innumerevoli informazioni a proposito di questi strumenti. Per una ricostruzione agile, si richiamano, poi, in particolare, queste parole: «*When the World Bank provides financing to its member countries for investment projects, each project is governed by a legal agreement between the World Bank and the Borrower government agency who receives the funds. One of the key obligations in the "loan agreement" is that governments abide by the Bank's procurement policies, as detailed in the Guidelines for Procurement and the Consultant Guidelines. // The Procurement Guidelines establish the arrangements to be made for procuring the goods and works (including related services) required for the project. The Consultant Guidelines define the procedures for selecting,*

sabilità o il ricorrere di altre situazioni generalmente sussunte in clausole normative generali⁶. Quando, però, il disposto di strumenti *non* cogenti è tale da determinare la concreta misura degli obblighi o l'effettiva latitudine delle condotte da osservare bisognerebbe ammettere che alcune delle indicazioni solo consigliate siano, in realtà, regole imposte in via di fatto e che la *moral suasion* assuma, talvolta, una dimensione ed un'importanza tale da poter essere assimilata ad un'effettiva fonte giuridica⁷.

In questo senso, gli atti formalmente deputati a contenere *precetti* possono limitarsi a raccomandare, esattamente come i *contenitori* delle raccomandazioni o dei consigli possono rivelarsi parziali collettori di norme anche munite di vincolatività fattuale.

A tutto questo fanno, poi, da corredo altri fenomeni, come quello che si è registrato allorché il contenuto indubbiamente precettivo di alcuni strumenti è stato deliberatamente trasfuso in atti recanti dizioni lascia-

contracting, and monitoring consultants required for projects. The Borrower is responsible for advertising business opportunities arising from Bank-financed projects.

(6) Il riferimento più evidente corre con riguardo alle *linee guida* d'ambito medico. Per una ricostruzione complessiva sul tema si rinvia a C.M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla Legge Gelli-Bianco*, Milano, 2019; G. CORSO, E. BALBONI (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario. Atti del Convegno svoltosi il 13 luglio 2009 in Roma presso l'Accademia Nazionale dei Lincei*, Torino, 2011.

(7) Con riguardo all'ampia letteratura sul grado di adesione spontanea agli atti di *moral suasion* ed alla sua variabilità rispetto a parametri come l'autorevolezza della fonte, la fondatezza delle argomentazioni logico-giuridiche utilizzate, la cultura di legalità dei destinatari o le sanzioni reputazionali che potrebbero discendere dal mancato rispetto di questi atti si rinvia, tra gli altri, a J.T. ROMANS, *Moral Suasion as an Instrument of Economic Policy*, in *The American Economic Review*, 5, ed a E. DAL BÒ, P. DAL BÒ, "Do the right thing": *The effects of moral suasion on cooperation*, in *Journal of Public Economics*, 2017. Avendo, poi, riguardo alla *moral suasion* delle Autorità di regolazione, v., ad esempio C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012; S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio AIR*, 4, 2011; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il Diritto dell'Economia*, 3, 2018; A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *federalismi.it*, 2017; F. DURANTE, *L'attività di moral suasion della CONSOB*, in *Notiziario Giuridico Telematico*, disponibile all'indirizzo: http://www.notiziariogiuridico.it/durante_consob_1.html. Per una ricostruzione a tutto campo si rinvia, invece, a R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010.

te volutamente ambigue⁸ ed ha costituito l'oggetto di dibattiti che non possono ancora ritenersi del tutto conclusi⁹.

Le riflessioni che si cercherà di condurre in questa sede si innestano su questi discorsi, si inscrivono nel crescente stato di complessità che caratterizza, oggi, il sistema delle fonti ed alimentano la consapevolezza in base alla quale il contenitore nel quale siano inserite, talvolta, le indicazioni non sia sempre in grado di determinare se esse siano veri e propri comandi o semplici consigli, né quale sia il regime giuridico da applicare a certi atti.

Differentemente da quanto si è portati a pensare, il predicato dell'obbligatorietà delle norme, un carattere per lungo tempo ritenuto coesistente alla stessa giuridicità degli atti¹⁰, conosce, in alcuni casi, afferma-

(8) Il contenitore giuridico nel quale si decida di inserire determinate indicazioni non dovrebbe essere indifferente o neutrale rispetto al proprio contenuto. Eppure questo sembra accaduto allorché si è stabilito di chiamare con il nome di *linee guida* atti espressamente muniti di vincolatività, al quale si è in seguito riconosciuto il carattere di atti amministrativi generali. Al riguardo v. Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, in particolare par. A.4. Hanno affrontato il problema, evidenziando come alcune *linee guida* dell'ANAC di carattere vincolante potrebbero presentare anche essere ritenute delle fonti normative secondarie (e non già degli atti amministrativi generali), P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018; S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*; A. PELOSO, *La regolazione flessibile e le nuove linee guida ANAC: il caso degli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea*, entrambi su *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2017; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*; N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici* e M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, tutti e tre in *giustamm.it*, 2016.

(9) Questo è accaduto, come detto, con riguardo alle *linee guida* (sia vincolanti che non vincolanti) dell'ANAC. Se si ha, poi, riguardo ai problemi classificatori ancora non del tutto risolti (nemmeno in via giurisprudenziale) un riferimento più pertinente può essere svolto rispetto alle linee guida *non* vincolanti, con riguardo alle quali si potrebbe argomentare che si tratti di *direttive* amministrative, così come di altre e generiche manifestazioni di indirizzo o, ancora, di atti ascrivibili alle fonti atipiche. Relativamente ad esse non è mai stato raggiunto un inquadramento classificatorio definitivo e soddisfacente. Per i caratteri della direttiva v., tra tutti, G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo (profili generali)*, Milano, 1993. Per un'analisi sulle fonti atipiche si rinvia, invece, a M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in AA.VV., *Le fonti nel diritto amministrativo. Atti del Convegno AIPDA*, 9-10 ottobre 2015, Padova.

(10) Avendo riguardo alla giuridicità degli atti, si è soliti affermare che la stessa debba essere intesa come il carattere dell'appartenenza ad atti o a rapporti regolati dal diritto con norme obbligatorie. A ben intendere, il requisito della giuridicità ricorrerebbe, quindi, ogni qualvolta un atto o un rapporto siano riguardati da una disciplina e quindi resi oggetto di disposizioni dotate di obbligatorietà. La definizione di *giuridicità* fornita è tratta dal *Dizionario dell'Enciclopedia Treccani*, disponibile all'indirizzo: <http://www.treccani.it/vocabolario/giuridicit/> (ultima

zioni più sfumate o, comunque, alternative; mentre la dubbia vincolatività delle indicazioni poste da strumenti volutamente indefiniti sembra aver messo in crisi, almeno in alcuni settori, l'antica dicotomia tra *comandi* e *consigli*¹¹.

consultazione d.d. 18 gennaio 2020). Sulla formazione del diritto e sul carattere della giuridicità, cfr., poi, P.F. SAVONA, *In limine juris. La genesi extra ordinem della giuridicità e il sentimento del diritto*, Napoli, 2005; F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano, 1943. La parola *giuridicità* sembra, poi, essere usata con una diversa accezione in G. BERTI, *La giuridicità pubblica e la riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione*, in *Jus. Rivista di Scienze giuridiche*, 2, 2002. Nell'ultima opera citata, l'Autore esprime, infatti, in termini di *nuova giuridicità* il riparto di competenze disegnato alla Riforma del Titolo V, attribuendogli la propensione ad innovare il sistema costituzionale e l'assetto del funzionamento statale. In tema, uno dei maggiori assertori della necessità di distinguere in modo chiaro *cogena* e *soft law* è, invece, Roberto Bin. Al riguardo cfr. R. BIN, *Soft law no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. Tra gli altri, questa impostazione sarebbe rinvenibile anche in F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1973. Il collegamento tra normatività e giuridicità sembra, poi, un dato insopprimibile in H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1970.

(11) Proprio al fine di individuare la concreta portata di *comandi* e *consigli* si ispirano alcune delle riflessioni che, negli anni, sono state condotte rispetto all'opportunità di munire il difensore civico di poteri vincolanti. Dal momento che l'assenza di poteri di questo tipo è stata, a più riprese, ritenuta un ostacolo troppo significativo perché l'*ombudsman* potesse concretamente influire sull'attività amministrativa, nel corso del tempo ed in diverse realtà geografiche, sono state elaborate alcune proposte finalizzate a dotare tale istituzione di poteri e prerogative che potessero rendere maggiormente efficace l'attività dell'ente. Le preoccupazioni espresse in ordine all'assenza di effettività dell'attività dell'*ombudsman* si inscrivono, naturalmente, entro il filone di pensiero secondo il quale la mancata titolarità di poteri idonei a vincolare in via formale i destinatari dei vari atti adottati renderebbe l'istituzione che li adotti irrimediabilmente depotenziata (o *toothless*, come spesso si legge). L'evoluzione del ruolo della *moral suasion* sembrerebbe, però, imporre un ripensamento di questa impostazione, rivelando che l'assenza di vincolatività formale di un atto non equivalga (o equivalga sempre di meno) ad una concreta inattitudine ad influire concretamente sugli ordinamenti e che il raggiungimento dello scopo in vista del quale si predispongano determinati atti giuridici possa coronarsi anche senza ricorrere a modelli giuridici cogenti (e formali). Con riguardo al processo di progressiva evoluzione ed affermazione del difensore civico in Italia, v., ad esempio, F. DE LEONARDIS, *Il Difensore civico nella giurisprudenza del giudice costituzionale e del giudice amministrativo*, in *Il Foro amministrativo*, 12, 2009. Per un esempio di concreta attribuzione di potere vincolante all'*ombudsman* si fa qui riferimento, tra le altre, alla proposta di attribuire all'*ombudsman* australiano il potere di determinare alcuni indennizzi. Al riguardo v. J. ANDERSEN, *THE OMBUDSMAN - Some Nuts and Bolts*, in R.N. DOUGLAS, M. JONES (A CURA DI), *Administrative Law*, 2nd ed., Sydney, 1996. Sul carattere *toothless* dell'*ombudsman*, anche in ambito extranazionale ed extraeuropeo, cfr., invece, A. STUHMCKE, *Each for themselves or one for all? The changing emphasis of the Commonwealth Ombudsman*, in *Federal Law Review*, 1, 2010. Sul fatto che la mancata attribuzione di poteri vincolanti al difensore civico sia, a tutti i livelli ed almeno per certi aspetti, un'opzione costituzionalmente opportuna ed obbligata, v., ancora, A. BEXELIUS, *The Ombudsman for civil affairs*, in D.C. ROWAT (a cura di), *The ombudsman citizen's defender*, Londra, 1965. Sullo stesso aspetto, ma nel dibattito italiano, si rinvia, invece, a S. VILAMENA, *Mediatore europeo e «buona amministrazione» (Profili ricostruttivi della tutela del Mediatore europeo attraverso la buona amministrazione comunitaria)*, testo completo dell'in-

Così facendo, la vincolatività di un'indicazione non costituisce più l'unico spartiacque al quale i suoi destinatari debbano riferirsi quando si trovino a dover orientare la propria azione. La concreta e quotidiana gestione di molte attività, specie se altamente *tecniche*, può, infatti, imporre, che ogni singolo operatore consideri gli standard *non* vincolanti imposti dall'autorità di settore (o da altri soggetti) non meno attentamente degli espressi divieti normativi che vengano affermati dalle tradizionali fonti del diritto.

Allo stesso tempo, le conseguenze alle quali sembra potersi esporre un operatore che non adegui la propria attività agli *standard* imperanti nel relativo ambito di appartenenza sono, in alcuni casi, avvertite come più gravi di quelle che possano derivare dalla violazione o dall'elusione di precetti giuridici espressamente riconosciuti come tali.

tervento tenuto presso l'Università degli Studi di Teramo, nell'ambito del Convegno *«Interesse pubblico e principi di buona amministrazione»*, 23 e 24 ottobre 2009, disponibile all'indirizzo: <https://u-pad.unimc.it/retrieve/handle/11393/73643/1839/8%20%20Mediatore%20europeo%20e%20buona%20amministrazione.pdf> (ultima consultazione d.d. 27 giugno 2020); S. COLONNA, *Il controllo parlamentare sui Servizi di Intelligence e Sicurezza in Scandinavia*, in A. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Serravalle, San Marino, 2013, p. 247. Per una ricostruzione di più ampio respiro sul ruolo ed i poteri dell'*ombudsman* v., invece, M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Astrid Rassegna*, 35, 2006; R. MEDDA, *L'Ombudsman in Italia tra Stato e Regioni: la perdurante assenza di un sistema integrato di garanzia*, in *questa Rivista*, 4, 2017 e poi, ancora, M. LA BELLA, *Cultura istituzionale e strumenti di accountability. Il contributo dell'Ombudsman alla qualità della democrazia*, Milano, 2012; O. POLLICINO, *Il mediatore europeo (The European Ombudsman, in Italian)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006; L. COMINELLI, *Il Mediatore europeo, ombudsman dell'Unione: prime osservazioni empiriche*, in *Sociologia del Diritto*, 1, 2001; R. FERRARA, *Il Difensore civico e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini*, in *Foro italiano*, 111, 1997; ID.: *Il difensore civico e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini: note preliminari in margine ad un dibattito in corso*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1997; R. LOMBARDI, *Il difensore civico tra continuità e novità*, in *Foro italiano*, 1997; G. VERDE, *Il difensore civico*, Padova, 1996; L. COMBA, *Ombudsman*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1995; P. ZIMUDIO, *Ombudsman*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990; G. CALDERONI, *Il difensore civico nell'esperienza italiana*, Rimini, 1987; E. BERNARDI, *Ombudsman*, in *Novissimo digesto italiano. Appendice*, Torino, V, 1984; A. LEGRAND, *Une institution universelle: l'Ombudsman?*, in *Revue Internationale de droit comparé*, 1976; G. DE VERGOTTINI, *Ombudsman* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, Milano 1979; C. MORTATI (a cura di), *L'Ombudsman*, Torino, 1974; E. ZECCA, *Il Difensore civico. L'Ombudsman svedese e la sua recente diffusione nel mondo*, in *Foro amministrativo*, 1979; F. CANNATA, *L'Ombudsman in Italia, in margine alle proposte di legge per l'istituzione del difensore civico*, in *Rivista amministrativa*, 1969. In base a quanto precede, in un contesto come quello attuale, i pericoli derivanti dalla scarsa incidenza dell'attività di *moral suasion* esercitata dal difensore civico potrebbero ritenersi stemperati alla luce della grande pregnanza che i sistemi di indicazioni non vincolanti sembrano aver acquistato sia nella prassi amministrativa che nella concreta applicazione giurisprudenziale.

In un contesto nel quale il *contenitore* delle indicazioni ordinamentali non sembra più in grado di stabilire il concreto livello di incidenza delle regole che pone in essere, l'endiadi *vincolante-non vincolante* sembra doversi misurare con altri tipi di valutazioni sulla doverosità d'adesione, alimentando processi di affermazione delle regole che rimangono, almeno in parte, i più tradizionali schemi della produzione giuridica e che impongono di essere considerati con attenzione.

Coltivando questa aspirazione, il prosieguito di questo breve scritto passerà al vaglio alcuni passaggi normativi che sembrano partecipare a quanto si è appena descritto e che sono (emblematicamente e perlopiù) contenuti in atti giuridici la cui natura non sembra ancora pienamente indagata, i discussi d.P.C.M.: le incertezze che ancora si registrano rispetto a molti profili che li riguardano possono, infatti, costituire delle condizioni particolarmente propizie per lo sviluppo di trasformazioni ed evoluzioni normative.

3. Una breve rassegna delle occasioni di commistione

Procedendo ad una rapida disamina delle fonti normative che hanno avviato questa riflessione, si può dire che il primo esempio di un possibile carattere *misto* delle indicazioni per l'emergenza può, forse, rilevarsi già avendo riguardo al primo provvedimento statale con il quale si è inteso fronteggiare la crescente crisi sanitaria: il d.l. n. 6/2020 (*Misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19*), il quale, dopo aver affermato, già al comma 1 dell'art. 1, che le *autorità competenti* fossero tenute all'adozione di *ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*, ha elencato, al comma successivo, una serie di possibili misure¹².

(12) Il comma 2, infatti, recita: «Tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti: // a) divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area; // b) divieto di accesso al comune o all'area interessata; // c) sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico; // d) sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza; // e) sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle

Si tratta, con buona approssimazione, di un'elencazione esemplificativa di una lista di misure che, se adeguate e proporzionate secondo i casi, si indicavano come adottabili dalle amministrazioni competenti; una di rosa di soluzioni consigliate, inquadrabili nella (discussa) e generica formulazione del comma precedente¹³.

Di qui una prima riflessione: la difficoltà derivante dalla gestione dell'emergenza, all'epoca dei fatti ancora al suo primo prorompere, potrebbe aver indotto il legislatore ad elaborare una soluzione di estrema flessibilità che, aldilà delle preoccupazioni provocate, costituisce un dato di partenza comunque interessante.

disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi; // f) sospensione dei viaggi d'istruzione organizzati dalle istituzioni scolastiche del sistema nazionale d'istruzione, sia sul territorio nazionale sia all'estero, trovando applicazione la disposizione di cui all'articolo 41, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79; // g) sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale; // h) applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusa; // i) previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva; // j) chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità; // k) chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali di cui agli articoli 1 e 2 della legge 12 giugno 1990, n. 146, specificamente individuati; // l) previsione che l'accesso ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità sia condizionato all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale o all'adozione di particolari misure di cautela individuate dall'autorità competente; // m) limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestri, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non di linea, salvo specifiche deroghe previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3; // n) sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare; // o) sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dall'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3».

(13) In merito alla criticità di un generico riferimento alle *autorità competenti*, contenuto nel testo del decreto, cfr., ad esempio, V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Osservatorio Emergenza Covid-19*, in *federalismi.it*, p. 10. Sullo stesso argomento, v. g. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*; M. BETZU, P. CIARLO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*; F.F. PAGANO, *Sui raccordi tra livelli di governo in tempo di emergenza*, entrambi in *BioLaw Journal*, 11S, 2020. In modo estremamente lucido, si rinvia, poi, a A. BARTOLINI, *op. cit.*, pp. 5 e 6.

È, infatti, possibile che il Governo, stretto dalla grave urgenza del momento, possa aver ritenuto utile inserire nell'intelaiatura di un testo cogente una rosa di suggerimenti qualificati alla quale poter attingere per il caso di espansione dell'emergenza: una soluzione elastica.

A partire dal decreto successivo, la chiara affermazione di divieti progressivamente più stringenti potrebbe essere stata una delle cause dell'abbandono di formulazioni esemplificative, ma esempi di interazioni e commistioni tra norme cogenti e ed indicazioni solo raccomandate si sono registrati anche in seguito.

A questo proposito, già il d.P.C.M. del 1° marzo 2020 («Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6»), all'Allegato 4 (rubricato «Misure igieniche») contiene una serie di indicazioni che non possono che ritenersi *raccomandazioni*. Tra di esse vi è quella – che qui compare per la prima volta – di «lavarsi spesso le mani» o, ancora, quella di «pulire le superfici con disinfettanti a base di cloro o alcol»: comportamenti fortemente raccomandati nell'interesse di tutti i cittadini, rispetto ai quali risulterebbe, però, difficile, se non proprio impossibile e irragionevole, prevedere delle sanzioni per il caso di inosservanza.

Nei decreti successivi, il dialogo tra precetti e raccomandazioni si fa, poi, ancora più frequente (oltre che più interessante). Il d.P.C.M. del 4 marzo 2020, ad esempio, all'art. 2 («Misure di informazione e prevenzione sull'intero territorio nazionale») stabilisce che si applichino all'intero territorio nazionale le misure indicate alle lettere successive. Tra di esse, la lett. *b*), afferma, ad esempio, che: «è fatta espressa raccomandazione a tutte le persone anziane o affette da patologie croniche o con multi morbidità, ovvero con stati di immunodepressione congenita o acquisita, di evitare di uscire dalla propria abitazione o dimora fuori dai casi di stretta necessità e di evitare comunque luoghi affollati nei quali non sia possibile mantenere la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro, di cui all'allegato 1» La stessa disposizione, alla lett. *d*), prescrive, invece, che «è raccomandato ai comuni e agli altri enti territoriali, nonché alle associazioni culturali e sportive, di offrire attività ricreative individuali alternative a quelle collettive interdette dal presente decreto, che promuovano e favoriscano le attività svolte all'aperto, purché svolte senza creare assembramenti di persone ovvero svolte presso il domicilio degli interessati». Subito dopo, l'art. 4, perseguendo la spontanea

adesione dei cittadini, stabilisce che: «Allo scopo di massimizzare l'efficacia della procedura sanitaria è indispensabile informare sul significato, le modalità e le finalità dell'isolamento domiciliare». Segue una lista di raccomandazioni più o meno specifiche, tutte accomunate da una non piena attitudine a poter diventare oggetto di coercizioni. Si va, infatti, dal «mantenimento dello stato di isolamento per quattordici giorni dall'ultima esposizione», al più generico «divieto di contatti sociali»; dal «divieto di spostamenti e viaggi» all'«obbligo di rimanere raggiungibile per le attività di sorveglianza». L'allegato 1 di questo decreto arricchisce, poi, le misure igieniche già specificate in calce al precedente provvedimento, raccomandando di «evitare abbracci e strette di mano», oltre che di «evitare l'uso promiscuo di bottiglie e bicchieri», specie durante l'attività sportiva: altri due esempi di comportamento che mal si prestano a formare l'oggetto di un divieto e che non possono essere riguardati da alcuna ipotesi di controllo astrattamente ipotizzabile.

In prosieguo, il d.P.C.M. 8 marzo 2020, all'art. 1, dispone che «nella Regione Lombardia» ed in altre Province specificamente indicate, sono adottate diverse misure. Alla lett. *b*), in particolare, si afferma, ad esempio, che «è fortemente raccomandato» che i soggetti «con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5° C)» rimangano presso il proprio domicilio, limitando al massimo i contatti sociali. Poco dopo, alla lett. *e*), «si raccomanda» ai datori di lavoro, sia pubblici che privati, «di promuovere, durante il periodo di efficacia del presente decreto, la fruizione da parte dei lavoratori dipendenti dei periodi di congedo ordinario e di ferie»; mentre, alla lett. *u*), che dispone alcune misure per il contrasto dell'epidemia nelle strutture del circuito penitenziario, si raccomanda «di limitare i permessi e la libertà vigilata o di modificare i relativi regimi in modo da evitare l'uscita e il rientro dalle carceri, valutando la possibilità di misure alternative di detenzione domiciliare». Lo stesso decreto, all'art. 3 («Misure di informazione e prevenzione sull'intero territorio nazionale»), detta, poi, la lett. *b*), la quale riprende vecchie formulazioni già contenute in altri decreti, per ribadire che «è fatta espressa raccomandazione a tutte le persone anziane o affette da patologie croniche [...] di evitare di uscire dalla propria abitazione [...]» e che «si raccomanda» – ancora una volta – di limitare gli spostamenti. Seguono altre ripetizioni.

Da ultimo, il d.P.C.M. 11 marzo 2020, all'art. 1 («Misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale»), comma 7, elenca una serie di comportamenti raccomandati per indirizzare le attività produttive e professionali¹⁴.

4. *Un confine sfumato tra modelli definiti*

I luoghi normativi appena passati in rassegna costituiscono, dunque, alcuni recenti esempi di una ricorrente commistione tra due diversi modelli di normazione ed alternano l'imposizione ed il divieto alla raccomandazione, secondo uno schema logico che si ritiene di poter condividere e ricostruire in termini positivi, almeno nella maggior parte dei casi. La struttura di alcuni degli atti adottati per fronteggiare l'emergenza è, infatti, almeno in parte, bivalente e riflette l'esigenza di articolare, in un unico ed organico testo normativo, la risposta istituzionale che sia, di volta in volta, richiesta rispetto ad un singolo settore di intervento: un fenomeno non del tutto nuovo.

Nel corso del tempo si è, infatti, assistito a testi normativi che già contenessero al proprio interno sia dei divieti che delle raccomandazioni ed un discorso in parte simile è, poi, praticabile anche con riguardo alle esemplificazioni, in quanto esistono diversi testi che rechino al proprio interno elenchi redatti per meri scopi paradigmatici o rinvii ad allegati (a ricaduta più o meno pratica) che precisino i criteri alla stregua dei quali poter definire alcuni concetti, anche complessi.

Se, però, il fenomeno è, almeno in parte, indagato, certamente nuova è l'occasione di studio e riflessione che si pone davanti a noi, ed il fatto che si sia ricorsi ad una combinazione di *comandi* e *consigli*¹⁵ anche entro la

(14) Il comma 7 dell'art. 1 dispone: «In ordine alle attività produttive e alle attività professionali si raccomanda che: a) sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza; // b) siano incentivate le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva; // c) siano sospese le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione; // d) assumano protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale; // e) siano incentivate le operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro, anche utilizzando a tal fine forme di ammortizzatori sociali». Seguono raccomandazioni anche al comma 8.

(15) L'uso dell'espressione si deve a un'intuizione di G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2016, p. 273.

trama di normazioni emergenziali potrebbe rivelare alcune inedite positività delle formulazioni composite, oltre che indurre una riflessione più generale sulle potenzialità degli strumenti flessibili¹⁶. Le disposizioni richiamate evidenziano, infatti, che i confini tra raccomandazioni e regole possono essere molto più mobili di quanto non si sia portati a pensare e che ogni ricostruzione che contrapponga eccessivamente i due termini considerati non tenga adeguatamente in conto che possono darsi situazioni nelle quali appaia più utile, se non proprio necessario, sfruttare le potenzialità di entrambi i modelli, anziché accordare prevalenza ad uno solo di essi. Come detto, ci sono, infatti, dei comportamenti che non sembra possibile o conveniente vietare in assoluto (ai nostri fini, l'esempio più significativo è dato dal divieto di abbracci e strette di mano); mentre altri non possono essere imposti (lo è, ad esempio, quello attivo del lavarsi frequentemente le mani): il fatto che l'adeguamento a certi *standard* sia, però, raccomandato all'interno di un testo nel quale siano presenti anche misure cogenti, non significa che le due anime dell'atto siano destinate ad esercitare i propri e classici effetti in modo separato o, peggio ancora, a confliggere.

Le diverse matrici che convivono entro fonti miste potrebbero, infatti, dialogare tra loro; alimentare in modo parzialmente nuovo i processi di flessibilizzazione della normazione e consolidare nuovi ed interessanti progressi sul piano dell'effettività delle indicazioni. La complessità di alcune situazioni sembra, d'altronde, sconsigliare una strenua ed aprioristica predeterminazione della vincolatività o non vincolatività delle indicazioni, essendo possibile che l'opportunità di prevedere uno standard comportamentale come obbligatorio o raccomandato sia, in ultima analisi, da calibrarsi sulla situazione concreta, a seconda di quanto essa sia più o meno grave o urgente.

Proprio a tale proposito, la Corte costituzionale ha già avuto modo di evidenziare l'estrema contiguità che i due modelli possano raggiungere quando si abbia a che fare con scelte altamente tecnicizzate ed ha sta-

(16) Sulla vocazione e le potenzialità degli strumenti flessibili si rinvia, tra tutti, a B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti* e M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, entrambi in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009; B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2, 2016. In tema v. anche E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

bilito che le indicazioni disposte per garantire l'effettività di un determinato intervento possano anche realizzare un diverso dosaggio di raccomandazioni ed obblighi, secondo ciò che sembri più opportuno prevedere in base al caso concreto¹⁷. In situazioni come queste, la discrezionalità che determina la scelta di un modello può, infatti, esercitarsi sulla scorta di specifiche valutazioni iniziali¹⁸, in modo che l'autorità preposta ad elaborare la risposta istituzionale per un certo tipo di problema possa scegliere se optare per la ricerca di una spontanea adesione¹⁹ (è il caso delle raccomandazioni) o imporre degli obblighi.

Quando, poi, un unico testo è, almeno in parte, preordinato al perseguimento di un obiettivo, una raccomandazione saldamente ancorata all'evidenza scientifica²⁰ potrebbe apparire ai suoi destinatari non troppo diversa da un obbligo²¹.

Se un intervento normativo è, infatti, inscritto in un disegno complessivo e si basa su indicazioni elaborate da una scienza, le raccomandazioni e gli obblighi che questo abbia a dettare potrebbero non essere marcatamente (o utilmente) distinguibili da chi partecipi all'applicazione, ed apparire distanti solo dal punto di vista dei rapporti e dei riflessi giuridici. La diversità dei modelli potrebbe, infatti, stemperarsi negli sforzi profusi per il raggiungimento dello scopo comune, riacquistando rilevanza nel solo ca-

(17) Corte cost., sent. n. 5/2018, punto 8.2.1 della parte in diritto.

(18) Corte cost., sent. n. 268/2017.

(19) Corte cost., sent. n. 5/2018, punto 1.3.2 della parte in fatto, dove si legge: «Di conseguenza, optando per una strategia basata sull'informazione e sulla persuasione e orientata a una maggiore qualità dei servizi vaccinali, si è consentito alle Regioni di sperimentare una sospensione dell'obbligo vaccinale, purché in presenza di un adeguato sistema informativo, di una copertura vaccinale già adeguata e di un efficace monitoraggio degli eventi avversi».

(20) Sulla costituzionalizzazione della rivoluzione biomedica v. N. VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Milano, 2017.

(21) Quanto si va affermando traspare in A. IANNUZZI, *Leggi "science-driven" e Covid-19. Il rapporto tra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 1S, 2020 Per altri scritti sul tema v., invece, L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*; G. MENGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*; V. ZAMBRANO, *Il «diritto umano alla scienza» e l'emergenza da Covid-19*; M. TOMASI, *La solidarietà come vettore per uscire dalla crisi: prospettive dall'angolo di osservazione della medicina e della ricerca scientifica*, ancora in *BioLaw Journal*, 1S, 2020 G. BISCOTTINI, M.E. COMBA, E. DEL PRATO, L.A. MAZZAROLI, A. POGGI, G. VALDITARA, F. VARI, *Le tecnologie al servizio della tutela della vita e della salute e della democrazia. Una sfida possibile*, in *federalismi.it*

so di violazioni²². Considerazioni di questo tipo rendono, perciò, plausibile che l'incidenza di raccomandazioni ed obblighi possa essere, in alcuni casi, abbastanza sovrapponibile e che la persuasività di una raccomandazione, proprio come il carattere eventualmente esiziale di un comune discostarsi da essa, possa fare sì che sia percepita come un obbligo che non è stato possibile rendere tale anche in via formale: un obbligo mancato.

5. *Il possibile dialogo tra due modelli*

Quelle appena svolte sono solo alcune delle riflessioni che è possibile condurre a partire dagli avvenimenti di questi mesi. Il duro banco di prova al quale è stato sottoposto l'intero universo giuridico ha fornito più di un'occasione per riflettere sui limiti ordinamentali e per predicare la flessibilità in vista della ripartenza economica.

Pur essendo vero che le novità più consistenti non sembrano essersi registrate con riguardo al singolo aspetto che si esamina in questa sede²³,

(22) Corte cost., sent. n. 5/2018, punto 8.2.4, dove si legge: «Indubbiamente, il vincolo giuridico si è fatto più stringente: ciò che in precedenza era raccomandato, oggi è divenuto obbligatorio. Ma nel valutare l'intensità di tale cambiamento – ai fini del giudizio sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore con il decreto-legge n. 73 del 2017 e della conseguente compressione dell'autonomia regionale – occorre peraltro tenere presenti due ordini di considerazioni. Il primo è che nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze: si veda, da ultimo la sentenza n. 268 del 2017). In quest'ottica, occorre considerare che, anche nel regime previgente, le vaccinazioni non giuridicamente obbligatorie erano comunque proposte con l'autorevolezza propria del consiglio medico. Il secondo è che nel nuovo assetto normativo, basato, come si è detto sull'obbligatorietà (giuridica), il legislatore in sede di conversione ha ritenuto di dover preservare un adeguato spazio per un rapporto con i cittadini basato sull'informazione, sul confronto e sulla persuasione: in caso di mancata osservanza dell'obbligo vaccinale, l'art. 1 comma 4 del decreto-legge n. 73 del 2017, come convertito, prevede un procedimento volto in primo luogo a fornire ai genitori (o agli esercenti la potestà genitoriale) ulteriori informazioni sulle vaccinazioni e a sollecitarne l'effettuazione. A tale scopo, il legislatore ha inserito un apposito colloquio tra le autorità sanitarie e i genitori, istituendo un momento di incontro personale, strumento particolarmente favorevole alla comprensione reciproca, alla persuasione e all'adesione consapevole. Solo al termine di tale procedimento, e previa concessione di un adeguato termine, potranno essere inflitte le sanzioni amministrative previste, peraltro assai mitigate in seguito agli emendamenti introdotti in sede di conversione».

(23) Sembra di potersi ricostruire che l'unico che si occupi compiutamente del rapporto tra emergenza e produzioni di *soft law* sia L. CUCCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Osservatorio emergenza Covid-19 aggiornato al 31 marzo 2020*, disponibile in *federalismi.it*, p. 39.

gli esempi di composizione mista restano un aspetto capace di incuriosire, se non altro perché la loro ridotta diffusione entro l'ordinamento potrebbe rivelare che non sia stato, forse, del tutto indagato quali possano essere i vantaggi e gli svantaggi derivanti dal loro impiego.

Senza alcuna pretesa di esaustività, le considerazioni che seguono cercano, allora, di evidenziare: quali possano essere le conseguenze più immediate di una diffusione di atti questo tipo; se le soluzioni elaborate durante la gestione dell'emergenza possano aver fornito, almeno in qualche caso, un contributo per il miglioramento della tecnica normativa; se la natura mista di alcuni testi sia da ascrivere alla generale condizione di deroga che caratterizza molte delle scelte di questi mesi o sia, invece, il portato di un processo di trasformazione già cominciato in precedenza.

Negli ultimi anni, la flessibilità degli strumenti giuridici è stata uno dei caratteri più invocati per la migliore regolazione delle fattispecie complesse²⁴. E dopo gli ultimi mesi, è facile immaginare che il ricorso alla flessibilità potrà avvertirsi in modo più insistente di quanto non acca-

(24) Basti pensare a ciò che si è soliti predicare con riguardo alla flessibilità degli strumenti adottati dalle autorità di regolazione. Per una riflessione critica sulla flessibilità, v. M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida ANAC*, in *Diritti-Fondamentali.it*, 1, 2020; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, 2018; M. RAMAJOLI, *Pretesa precettività e flessibilità delle linee guida ANAC*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *I contratti pubblici in trasformazione. Discussione e problemi*, Napoli, 2018; M. PASSALAGUA, *Soft law per la regolazione del mercato dei contratti pubblici*, Milano, 2017; ancora M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2016. In argomento, v. R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, su *Nomos*, 1, 2017; F. MERUSI, S. ANTONIAZZI (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, 2017; A.C. AMATO MANGIAMELI, *Tecno-regolazione e diritti. Brevi note su limiti e differenze*, su *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2017; P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012; M. VATIERO, *Valutazione delle autorità di regolazione: una nuova introduzione*, in *Economia pubblica*, 5-6, 2009; L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2008; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica: tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, su *Quaderni costituzionali*, 2, 2005; A. PERA, *Appunti sulla riforma delle Autorità: regolazione e concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2002; M. POLO, *Le Autorità indipendenti: un'analisi economica e una proposta di riordino*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2002; A. BOITANI, *Costi e benefici dei diversi modelli di regolazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2002; V. ROPPO, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti*, in *Politica del diritto*, 1, 2000; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, Bologna, 1996.

desse prima. La situazione che si è delineata sembra, infatti, mostrare che l'elasticità di forme e regole possa essere, alle volte, l'unica soluzione per risolvere alcuni problemi. Le esigenze di flessibilità che, a più riprese, si invocano per la regolazione delle attività complesse condividono, quasi in ogni caso, gli intenti ed i caratteri della produzione normativa di *soft law*, dettando l'affermazione di nuovi modelli giuridici²⁵. Molto spesso, le produzioni che derivano da questo genere di percorsi paiono difficilmente ascrivibili ad un preciso regime giuridico e sembrano essere contraddistinte da problemi di legittimazione e giustizia-bilità (tra gli altri).

Il fatto che i presunti caratteri costitutivi del *soft law* possano rintracciarsi con apparente facilità in atti cogenti che si presentino misti, potrebbe rivelarci che le spinte per l'elaborazione di soluzioni flessibili possano anche trovare uno spazio all'interno dei testi normativi, senza che si debba necessariamente assecondare lo schema in base al quale, a fronte di norme cogenti molto generiche, debbano essere elaborate altre e separate indicazioni, più specifiche e *non* vincolanti, per l'applicazione delle prime.

Lo schema redazionale dei d.P.C.M. considerati evidenza, infatti, che ci sono dei comportamenti che non è possibile imporre, rispetto a cui è, allo stesso tempo, necessario (o, forse, vitale) ottenere la spontanea adesione a quanto prescritto, anche attraverso la persuasività delle comunicazioni ufficiali²⁶. In questo senso, molte formulazioni emergenziali rappresentano un modello ibrido da poter tenere in considerazione per la risoluzione di problemi futuri. Alcune fonti sono, infatti, espressione di un'interessante coesistenza giuridica e sembrano sintetizzare

(25) Declina questo aspetto riguardo alle linee guida C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019. Sulla necessità di strumenti elastici per regolare la complessità degli assetti sociali, cfr., poi, S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999; ID., *Diritto, scienza e tecnologia*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004. Per uno sguardo, invece, all'adozione di strumenti flessibili entro il diritto del lavoro, v., tra gli altri, F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, in *Lavoro e Diritto*, 2003.

(26) Al riguardo, cfr. L. CUOCCO, *cit.*, p. 39, dove, al secondo periodo, afferma: «Non sono mancati, tuttavia, strumenti di *soft law*, che hanno integrato e rafforzato il messaggio normativo del Governo. Correttamente, infatti, si è inteso che la mera imposizione di divieti non avrebbe avuto la medesima efficacia fattuale della persuasione della popolazione ad adottare stili di comportamento conformi a quanto ritenuto necessario dalle autorità».

in modo parzialmente nuovo le classiche ragioni che risiedono nel carattere imperativo delle norme con le esigenze che si è soliti ricondurre alla nascita ed alla diffusione del *soft law*, prima fra tutte la necessità di veicolare comportamenti attraverso il conseguimento di un'adesione spontanea. L'esempio di convivenza che ci è dato di rintracciare nelle soluzioni normative di questi mesi mette a punto le potenzialità di entrambi i modelli e lascia aperta la possibilità che il rapporto tra le sfere dell'*hard law* e del *soft law* possa anche svilupparsi in modo da valorizzare le potenzialità e le peculiarità tipiche delle rispettive aree giuridiche, senza che le interazioni tra i due piani debbano necessariamente ricostruirsi termini di assoluta incomunicabilità e conflitto.

6. *Vantaggi e svantaggi delle formule miste*

Sulla scorta di quanto precede, sembra possibile notare che la composizione mista evidenzia, prima di tutto, che anche ciò che non può essere imposto o vietato per la via giuridica formale sia, comunque, ammesso a giocare un ruolo per l'efficienza complessiva di un testo normativo. Se non altro, l'inserimento di condotte consigliate entro la trama di testi giuridici formali e cogenti può rendere i destinatari degli atti normativi *misti* maggiormente consapevoli del disegno complessivo di un intervento.

In altre parole, una più o meno diffusa esplicitazione delle condotte funzionali al perseguimento di un certo obiettivo, può fare in modo che chi si ritrovi a dover rispettare il contenuto di un testo normativo, possa ricavare un quadro complessivo della portata dell'intervento sia sulla scorta dei comandi imperativi in esso contenuti, sia in base alle indicazioni esemplificative ed alle raccomandazioni dell'agire.

In secondo luogo, un'esemplificazione che sia già contenuta all'interno di un atto normativo potrebbe evitare che la funzione paradigmatica del comportamento ordinato sia assolta da altri soggetti. In molti casi sembra, infatti, preferibile che la funzione esemplificativa atta ad incanalare l'applicazione pratica di un determinato precetto sia già riscontrabile in base ad un esempio presentato dal testo che pone la regola, piuttosto che sulla scorta di un altro atto che si assuma di spiegare la regola

senza averla, però, dettata (questo è ciò accade, ad esempio, con alcune *linee guida*)²⁷.

In terzo luogo, l'immediata portata pratica che caratterizza gli esempi potrebbe, in alcuni casi, favorire la comprensione anche di chi non sia del tutto avvezzo a ragionare in soli termini generali ed astratti. In altre parole, una più o meno diffusa esplicitazione delle condotte funzionali al perseguimento di un certo disegno, potrebbe fare in modo che chi si ritrovi a dover applicare il sistema di precetti racchiuso all'interno di una normativa, possa più facilmente metterli in pratica proprio sulla scorta di quel *quid pluris* dato dal principio di spiegazione esemplificativa: un'integrazione di questo tipo potrebbe non registrarsi in eguale misura se il testo contenesse soli obblighi.

Certo, un modello come questo non lascia intravedere solo aspetti positivi ed il fatto che sia, in qualche modo, inscrivibile entro i discorsi e i problemi che riguardano, più in generale, l'universo del *soft law*, consente di intravedere anche dei possibili svantaggi legati al suo uso. In prima battuta, c'è da rilevare che i testi adottati per la gestione dell'emergenza siano già stati tacciati di scarsa chiarezza²⁸: una formulazione mista potrebbe anche aver accentuato o, per il futuro, accentuare un simile difetto.

In secondo luogo, la ricaduta pratica delle esemplificazioni potrebbe avallare l'idea che la fonte regoli solo determinate fattispecie concrete e che non abbia, invece, l'attitudine di essere generale ed astratta (anche quando, effettivamente, lo sia). In questo senso, il processo di sviluppo e mutazione normativa potrebbe piegarsi così tanto sulla pratica da ridimensionare le potenzialità delle formulazioni generali.

In terzo luogo, lo sviluppo di un modello di questo genere potrebbe avallare l'idea che ogni testo normativo futuro o anche solo buona parte di essi debba contenere al proprio interno un'esemplificazione delle norme poste in via generale o un corredo di raccomandazioni. In questo senso, la prassi di un eventuale esemplificazione infra-normati-

(27) Se ne occupa in termini generali V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016.

(28) Al riguardo v. S. CASSESE, *Il dovere di essere chiari*, pubblicato in *Il Corriere della Sera* del 24 marzo 2020. Critico, in proposito, è, poi, A. VENANZONI, *La lingua dell'emergenza: le criticità linguistiche negli atti normativi finalizzati al contrasto al SARS CoV-2*, disponibile in *federalismi.it*.

va potrebbe favorire un'eccessiva attenzione per le manifestazioni pratiche e ridurre l'attitudine a ragionare per astratto, coltivando l'interpretazione.

Da ultimo, un modello misto che presenti formulazioni ambigue potrebbe rendere difficile distinguere tra comandi e consigli, con evidenti riflessi in termini di certezza del diritto e con tutto ciò che ne consegue sul piano delle garanzie²⁹.

Fisiologiche esigenze di affidamento e sicurezza dei traffici giuridici richiedono, infatti, che i cittadini siano messi nelle condizioni di comprendere *se e quando* potersi discostare da una o più indicazioni trasfuse in atti misti, oltre che con quali conseguenze. Una perdurante incertezza sulla natura e lo statuto giuridico di un atto misto potrebbe, poi, riverberarsi anche sul piano della giustiziabilità, rendendo, in ipotesi, poco chiaro se un determinato complesso di indicazioni possa essere portato all'attenzione di un giudice o, ancora, se possa essere, eventualmente, disapplicato (come *regolamento* o come atto amministrativo); se gli si possa applicare il regime giuridico proprio delle fonti e, più in generale, se si ripropongano, anche in questo caso, alcuni dei problemi che si sono già registrati rispetto alle *linee guida* dell'ANAC³⁰.

7. Conclusioni

I ragionamenti condotti fino a questo momento prendono le mosse dalle soluzioni normative elaborate in tempo di crisi per soffermarsi su alcuni aspetti di carattere generale, relativi alla possibile convivenza di modelli normativi diversi ed all'interazione di aree e spinte giuridiche quasi sempre in apparente disarmonia.

L'emergenza sanitaria potrebbe aver favorito o avallato un parziale ripensamento della classica dicotomia tra *precetti* e *raccomandazioni*,

(29) V., per tutti, G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2, 2018; S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2001; F. LÓPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968; G. LORENZI, *La certezza del diritto*, in *Il Foro Italiano*, 1956.

(30) Al riguardo, si rinvia, soprattutto, a M.P. CHITI, *op.cit.* In argomento v. anche F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2017. Riguardo, invece, al problema della disapplicazione, cfr., ad esempio, E. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, in *federalismi.it*.

incoraggiando la formazione o, quantomeno, il consolidamento di nuove aree di ibridazione tra le indicazioni che fanno capo all'*hard law* ed il complesso delle formulazioni *soft*. In modo in parte nuovo, l'esperienza giuridica in atto rivela, infatti, l'estrema concretezza ed attualità dei cambiamenti che interessano, oggi, il sistema delle fonti, evidenziando che il vaglio relativo all'assenza di vincolatività di una regola non costituisca più l'unico o principale indice in base a cui poter verificare l'effettiva incidenza della stessa.

L'apparente nettezza della bipartizione tra precetti ed indicazioni semplicemente persuasive sembra, infatti, perdere quota ed importanza, diluendosi nella caotica conformazione che assumono oggi i circuiti di produzione giuridica e stemperandosi nella più o meno intensa capacità di suscitare un'adesione presso i propri destinatari.

Gli inviti all'uniformazione o all'adempimento di condotte standardizzate veicolano i canoni comportamentali in modo, almeno in parte, nuovo e sono elaborati sulla scorta di una logica di funzionalità ed efficienza che, abbandonando in larga parte i classici schemi della produzione giuridica, conferisce alle proprie indicazioni una percepibilità così immediata da sembrare assimilabile a quella delle norme vincolanti.

In questo contesto, la spontanea osservanza delle indicazioni contenute nei vari strumenti *non* vincolanti sembra, infatti, raggiungerci con frequenza e significatività anche in assenza di contenitori giuridici tradizionali e dotati, cioè, di obbligatorietà.

Se ne ricava che un'indicazione apparentemente provvista della mera capacità di *orbitare* attorno ai sistemi e di ispirare, senza poter indurre, le condotte materiali, sembri, alle volte, ammessa a beneficiare della concreta capacità di incidere gli ordinamenti, esercitando un'influenza fattuale decisamente *hard* e certamente sproporzionata rispetto alla capacità d'azione che le si attribuirebbe in base a criteri formali. Una tale e maggiore incidenza sembra potersi sviluppare sia in ragione della straordinaria complessità di alcune delle situazioni regolate (l'elevata qualificazione tecnica di un'indicazione può, infatti, renderla percepibile come un obbligo fattuale, un vincolo giuridico mancato), sia nella speculare assenza (o vaghezza) di indicazioni di *hard law* che possano essere riferite alle fattispecie concretamente regolate.

L'emergenza sanitaria in parte superata presenta, certamente, entrambi gli aspetti, al punto che sembra legittimo chiedersi se lo scenario pandemico costituisca l'unico terreno per lo sviluppo e l'eventuale riproposizione di fenomeni assimilabili a quello indagato. Alcune delle caratteristiche che è possibile rinvenire avendo riguardo alla normazione di emergenza sembrano, però, rivelare che le soluzioni elaborate in questi mesi non siano necessariamente ascrivibili alla sola crisi sanitaria e che le trasformazioni della normazione riscontrate in questa fase storica possano porsi in continuità con le dinamiche ad esse precedenti così come costituire la base sulla quale si innesteranno le nuove ed eventuali produzioni che si riterrà di elaborare nell'immediato futuro. I tentativi di inquadramento attraverso i quali si è cercato di collegare la normativa emergenziale al più generale contesto di trasformazioni della normazione potrebbero, infatti, rivelare che alcune delle manifestazioni dell'attuale scenario giuridico siano destinate a sopravvivergli e che il modello *misto* che si è cercato di descrivere in queste pagine possa trovare diffusione anche nel prossimo futuro.

Le ricostruzioni operate a partire dalle indubbie potenzialità persuasive del *soft law*, in uno con la consapevolezza di una difficile distinguibilità di *comandi* e raccomandazioni in aree dominate dalla tecnica e della scienza, potrebbero, infatti, mostrare che alcuni dei processi attualmente in corso abbiano indotto o accentuato un processo di trasformazione della normazione non ancora del tutto indagato.

Il labile confine che può intercorrere tra una raccomandazione qualificata ed un obbligo e la facilità (già teorizzata dalla Corte costituzionale) con cui il concreto evolversi delle situazioni può determinare il passaggio da una previsione di un certo tipo all'altra (e viceversa), sembrano, infatti, mostrare che le difficoltà legate alla gestione dell'odierna complessità giuridica necessitino di articolarsi in base a schemi più estesi di quelli che, storicamente, contrappongono comandi e consigli.

Proprio la necessità di rintracciare estensioni giuridiche anche oltre le strutture più tradizionali, richiama l'idea di un processo di determinazione delle regole giuridiche grandemente più vasto di quanto si è soliti immaginare, perché «costituito – anche, n.d.r – da elementi che sono comunque giuridici pur non essendo formalmente identificabili come

tali»³¹. Anche questi elementi sembrano, infatti, in grado di partecipare alle evoluzioni in atto, dando corso ad un processo di mutazione della funzione normativa che è inevitabilmente influenzato dagli svolgimenti fattuali e che sperimenta, anche nelle difficoltà, nuovi percorsi per la trasformazione dei modelli giuridici³².

(31) F. CORTESE, «*Le défaut est un élément de la perfection possible*». *Dinamiche e ruolo delle trasformazioni informali della Costituzione italiana*, in A. MANGIA, R. BIN (a cura di), *Mutamenti costituzionali*, in *Diritto costituzionale*, 1, vol. III, 2020, p. 47 ss.

(32) *Ibidem*, p. 48, dove si legge: «Addirittura, queste ultime, in qualche modo, precedono le prime, e nella prospettiva dello sviluppo dell'ordinamento, così considerato, il valore della sostanza è così forte, rispetto a quello della pura forma, che spesso, per quello stesso motivo, anche nel contesto dei rapporti tra gli elementi formali dell'ordinamento, forme gerarchicamente subordinate possono offrire concretezza a forme gerarchicamente sovraordinate».