

La scarsa neutralità dei neologismi. Riflessioni attorno a soft law e a governance*

Roberto Bin

1. Come spesso avviene nel mondo del diritto, l'affacciarsi di fenomeni nuovi sulla scena degli studi giuridici si accompagna ad uno sforzo d'invenzione linguistica e alla creazione di neologismi. Spesso ciò è dovuto ad una semplice esigenza di adeguare lessico e concetti ad "oggetti" inediti: ma è sempre così?

Non so se i linguisti abbiamo mai sviluppato questa tesi, ma ho spesso l'impressione che il linguaggio sia un sistema "a somma zero", nel senso che ogni neologismo vi venga inserito tende a ridurre lo spazio semantico delle parole usate in precedenza. Così sono portato a chiedermi a quali parole venga sottratto spazio dall'introduzione di termini come *soft law* e *governance*. Sono due parole quasi coetanee, mi sembra, e sicuramente connesse: *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.

Naturalmente il fenomeno non è solo linguistico: *soft law* allude ad un certo superamento del ruolo dell'*hard law*, ossia del diritto proveniente dalle istituzioni politiche, e *governance* al superamento delle procedure con cui quelle istituzioni decidono. Ma perché è necessario superarli? La risposta è: perché in questa direzione spingono la globalizzazione e il mercato. La globalizzazione è il trionfo del mercato e il mercato, come aveva intuito già Adam Smith¹, è concorrente della politica, produce regole di comportamento che contestano quelle poste dal legislatore politico quando questi non si arrenda e si limiti a seguirle, emularle, eseguirle. Il mercato impone le regole alla politica: e contesta il modo con cui la politica produce quelle regole.

Non è un caso che il "regno" della *governance* sia la Comunità europea (*governance* è stata oggetto di un celebre "libro bianco", ossia di un atto di *pre-law* che rientra nelle tipologie della *soft law*): la *governance* europea, anzi, ci è spesso prospettata come un rimedio al c.d. *deficit* democratico che la Comunità non è mai riuscita a colmare². Ma il *deficit* la Comunità lo deriva dal fatto di essere stata creata come un organismo rivolto al mercato, impronta genetica di cui non si è mai liberata: è un *deficit* che connota qualsiasi autorità internazionale da cui dipende il funzionamento del mercato globale, a partire dal *WTO*. Questo *deficit* non è affatto

* Questo scritto rielabora le tesi sostenute nel corso del seminario "Soft law e hard law nelle società postmoderne", il 22 ottobre 2007, nella Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara.

¹ Cfr. P. ROSANVALLON, *Le libéralisme économique - Histoire de l'idée de marché*, Paris 1989.

² Cfr. A. WARLEIGH, *Informal governance: improving EU democracy?*, in *Informal governance in the European Union*, T. Christensen - S. Piattoni eds., Cheltenham - Northampton, Mass., 2004, 22 ss.

un incidente di percorso, un difetto destinato a trovare presto un rimedio; è invece un “elemento progettuale”, senza il quale il progetto – il mercato globale - non sarebbe realizzabile, non funzionerebbe.

L’idea è che il mercato possa produrre da sé le proprie regole, indipendentemente dalla politica e dagli “interessi estranei” che alla politica potrebbe venire in mente di perseguire. Giandomenico Majone ha tracciato in molti suoi scritti l’apologia del carattere non-democratico delle istituzioni comunitarie, sottratte ai principi della rappresentanza politica³; riconoscimenti equivalenti li possiamo trovare riferiti anche agli organismi di regolazione internazionale dei mercati⁴.

Le c.d. Autorità amministrative indipendenti sono un modello in scala nazionale di questo progetto: sono ispirate dall’idea esplicita di portare la politica fuori dalla regolazione del mercato. Lo Stato – si dice - tende a ritrarsi dall’intervento diretto e dall’esercizio del potere normativo e affida i compiti di regolazione a soggetti che, pur istituiti e disciplinati per legge, si collocano ai margini o fuori del sistema dell’autorità pubblica. Sono “indipendenti” nel senso che vengono sottratti al circuito politico-rappresentativo: ciò dovrebbe rafforzare il carattere “neutrale” della loro attività normativa. Il potere normativo di queste autorità sembra trarre legittimazione, anziché dal tradizionale circuito della rappresentanza politica, “dal basso”, e ciò per almeno due motivi: vuoi perché l’attribuzione di tale potere è “finalizzata alle esigenze che emergono dal settore da regolare”, ed è perciò coerente che i regolamenti emanati “ricavino le regole dall’oggetto da regolare”⁵; vuoi perché la regolazione dello specifico segmento di mercato verso cui si rivolge la competenza del soggetto regolatore è generalmente partecipata e condivisa dagli operatori economici che agiscono in quel segmento.

È vero che questi atti entrano nel “sistema” perché previsti dalla legge, dall’*hard law*; oltretutto, nei loro confronti vengono garantiti i meccanismi ordinari di tutela giurisdizionale. Ma è anche vero che i poteri regolamentari di queste autorità sono delimitati in modo abbastanza generico sia per estensione che per grado di discrezionalità esercitabile. Le norme che essi emanano derivano molto spesso da “regole” imposte dagli stessi mercati internazionali alla cui regolazione dovrebbero viceversa essere rivolte (le stesse direttive comunitarie sono frequentemente ispirate ad esse). Vi è insomma un rapporto osmotico tra la regolazione che deriva - dall’alto - dalla normativa statale e comunitaria e la regolazione che invece proviene - dal basso - dalle prassi, dagli accordi, dalle normative tecniche che emergono dai “dati scientifici”⁶ o dal “mercato” stesso.

³ Cfr. per esempio *Deficit democratico, istituzioni non-maggioritarie ed il paradosso dell’integrazione europea*, in “Stato e mercato” 2003, 3 ss.

⁴ Esplicito in tal senso F. ZAKARIA, *Democrazia senza libertà in America e nel resto del mondo*, Milano 2003, spec. 317 ss.

⁵ Così F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna 2003, rispettivamente 10 e 98.

⁶ Per es., la Cassazione civile, sez. lav., 1 marzo 2006, n. 4540, di fronte ad una disposizione che, occupandosi

Questa osmosi si manifesta nella *moral suasion* di cui si dice siano dotate molte delle regolazioni emanate dalle autorità indipendenti, dai “codici di autoregolamentazione” prodotti dalle organizzazioni professionali e recepiti dalle autorità preposte, dalla produzione di normative tecniche e *best practices* che in ogni settore alcuni soggetti (enti di unificazione normativa, organizzazioni d’interesse, contratti internazionali ecc.) vanno producendo di continuo, anche per riempire di significato formule legislative che sempre più spesso fanno ed esse rinvio più o meno esplicito.

Siamo in un mondo di ectoplasmi normativi, riassunti nella comoda categoria del *soft law*, dotati di un potere regolativo più o meno intenso – laddove l’intensità non è da misurare con la maggiore minore efficacia di queste discipline, ma è determinata dal maggiore o minore impiego degli strumenti sanzionatori, rientranti nel tradizionale monopolio statale. Lo Stato si ritrova in una situazione antica, funge da “braccio secolare” che garantisce l’effettività di scelte normative assunte altrove.

2. L’osmosi tra pubblico e privato è dunque un tratto caratteristico, anzi programmatico, di queste regolazioni che provengono “dal basso”, sia che si operi nella dimensione nazionale che nei mercati internazionali. Ma l’aspetto più rilevante è che questo fenomeno non si limita a delimitare l’ambito di vigenza delle norme imposte dal potere politico agli operatori di mercato, ma agisce persino nel senso opposto, di imporre cioè le “regole di mercato” al potere politico. È il “mercato” a dettare l’agenda della politica, come si può notare quando Governo e Parlamento affrontano l’appuntamento annuale della legge finanziaria: la loro principale preoccupazione è come la valuteranno la Commissione europea, la Banca centrale e gli investitori istituzionali, le agenzie internazionali di *rating*, prima ancora di quale sarà l’accoglienza che le daranno i cittadini – elettori. Non è la democrazia parlamentare a giudicare della bontà della manovra finanziaria, ma piuttosto quella che – con ironia non so quanto consapevole – spesso si chiama la “democrazia della borsa”.

La natura negoziale di gran parte del *soft law* mostra come l’attitudine autoritaria e “dirigistica” dello Stato vada temperandosi attraverso la preferenza per metodi consensuali e “partecipati” di produzione normativa: per questo motivo la *governance* viene richiamata come “integratore” del carattere democratico delle decisioni.

Questa è però una visione parziale del fenomeno, che dimentica per quali ragioni il sistema costituzionale che abbiamo ereditato abbia elaborato le forme e le istituzioni che oggi si vorrebbero superare. Dietro alla tipicità delle forme in cui si

del “rischio silicotigeno” cui sono esposti determinati lavoratori, non indica in valori numerici quale sia la concentrazione che costituisce il rischio concreto, ritiene che “la determinazione della concentrazione... ha valore normativo. Essa va desunta da elementi esterni alla norma stessa, e cioè, atteso l’oggetto della determinazione integrativa, dalle *indicazioni della ricerca scientifica*, anche variabili nel tempo, con il che si realizza la flessibilità della norma elastica voluta dal legislatore”.

esercita il potere pubblico, lo Stato di diritto custodisce anche le garanzie delle procedure legali attraverso le quali si formano decisioni che sono imputabili all'interesse generale. La netta cesura tra ciò che forma "diritto" e ciò che diritto non è costituisce il fulcro attorno al quale lo Stato di diritto organizza il sistema delle sue garanzie, perché consente di separare con un taglio sicuro la volontà del potere politico dall'atto normativo "oggettivizzato". L'obiettivo è porre sotto controllo la forza esuberante del potere politico, delimitato nelle modalità del suo esprimersi dalle regole procedurali del diritto e, alla fine, staccato con una cesura precisa dal suo prodotto, la regola giuridica; una netta separazione dev'essere tracciata tra il momento della scelta politica che, guidata dal sistema rappresentativo, si trasforma in "legge", e il momento della sua applicazione al caso concreto, nel corso di un giudizio che si svolge davanti ad un giudice, qualificato e selezionato in base a requisiti tecnici e attentamente sottratto al circuito politico - rappresentativo. Non solo al giudice – e all'interprete più in generale – è vietato il ricorso al responso del principe, ma è fortemente svalutato persino l'impiego, nell'interpretazione degli atti legislativi per trovarvi "la regola del caso", dell'argomento della "volontà del legislatore": l'atto legislativo si stacca, si "estranea" dalle intenzioni soggettive dell'organo che l'ha emanato, per assumere un significato "oggettivo" nel sistema giuridico⁷.

Ma c'è di più. Come scrive il Tribunale di Cagliari⁸ in una decisione difficile, su un tema "eticamente sensibile" come l'analisi preimpianto nella fecondazione medicalmente assistita, va riconosciuta la prevalenza, tra gli strumenti ermeneutici, dell'orientamento ai principi costituzionali rispetto alla considerazione delle intenzioni del legislatore: l'obbligo di interpretare la legge in senso conforme ai principi sanciti dalla Costituzione non può trovare "un limite con riferimento alla cd. volontà del legislatore quale risultante dai lavori parlamentari prodromici all'approvazione del testo legislativo da interpretare. Certamente questi ultimi costituiscono un valido supporto per l'individuazione del significato dei termini utilizzati, che va rinvenuto in quello «fatto palese dal significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore» (art. 12 delle *Preleggi*), ma non possono impedire che la disposizione, quando il suo tenore letterale non sia univoco, vada intesa in modo compatibile con i valori ed i principi sovraordinati sanciti dalla Carta costituzionale"⁹. Quel che emerge da questa decisione è che, in un

⁷ Cfr. G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna 1998, spec. 51-57

⁸ Sent. n. 2508/2007.

⁹ L'art. 12 delle *Preleggi*, di cui così s'inverte l'ordine, ovviamente non poteva tener conto della futura Costituzione, ma non c'è dubbio che l'argomentazione resa esplicita dal giudice sardo riconosce un principio ermeneutico che forse non tutti i giudici sono ancora disposti a sottoscrivere. Perché qui non si contrappone la *disposizione* di una legge alla *disposizione* della Costituzione, ma ad una sua *norma*, al frutto di un'interpretazione: ad una conclusione a cui è giunta la Corte costituzionale, sin dalla storica sentenza sull'aborto (sent. 27/1975), circa l'assetto degli interessi rilevanti nelle questioni relative alla procreazione. Sotto questo profilo, il rinvio ai "principi generali" operato dall'art. 12 delle *Preleggi* assume oggi un significato ben più pregnante, perché essi non sono più (o non più soltanto e neppure prioritariamente) da ricavare per processo induttivo dalle norme poste dal legislatore, poiché la Costituzione offre riferimenti "positivi".

sistema costituzionale come il nostro, lo spazio entro cui si può legittimamente muovere l'interprete della legge non è definito dalle "direttive" fornite, esplicitamente o implicitamente, dal legislatore, perché esso è occupato dai principi costituzionali e dall'esigenza di interpretare le disposizioni nel senso ad essi conforme.

Inoltre, il distacco dell'atto normativo dalla volontà politica segna la condizione che rende possibile tracciare la linea di separazione tra i poteri, tra il momento della "legislazione" e il momento della "applicazione" delle leggi. L'interprete deve "costruire" il significato della disposizione da applicare, e per farlo deve individuarne la *ratio*, il principio; quale fosse l'intenzione originale del legislatore (spesso assai difficile da accertare in modo univoco), quel che serve è comprendere come la norma si colloca *oggettivamente* nel "sistema", a quale esigenza di normazione risponda (rimediando ad una possibile "lacuna") o a quali esigenze di coerenza sistematica (rimediando ad una potenziale contraddizione). Le intenzioni soggettive del legislatore cedono il campo alle finalità "oggettive" cui assolve la norma ("eterogenesi dei fini" è la locuzione che esprime questo mutamento di prospettiva).

Deviare dalle forme tipiche della produzione di norme generali significa smarrire uno dei capisaldi dello Stato di diritto, la netta separazione tra i documenti che sono abilitati (e legittimati) a produrre regole obbligatorie per la generalità dei consociati e i documenti che sono privi di tali obbligatorietà. Sarà anche vero che tutto ciò appartiene alla mitologia dello stato liberale, che assegnare alle istituzioni rappresentative la funzione di garantire la "volontà generale" risponda più all'ideologia che alla realtà effettiva dello Stato costituzionale; ma non è certo meno vero che le prassi di negoziazione politica tipiche della *governance* aprono un canale privilegiato per gli interessi sociali più forti e meglio organizzati: sicché la "legittimazione dal basso" che può giustificare la produzione normativa "negoziata" o comunque ispirata dal "mercato" o dalla "cosa da regolare", non è per nulla tranquillizzante, se riletta dall'angolo visuale dello Stato di diritto e dei suoi principi.

3. Il primo compito – in senso logico – in cui s'imbatte il giurista alle prese con un caso minimamente complesso è di ricostruire la "legislazione vigente", di delimitare il campo dei "fatti (ed atti) abilitati dall'ordinamento giuridico a creare diritto oggettivo"¹⁰. Non si tratta di un impegno significativo solo sul piano teorico, perché determinare se una regola appartenga o meno al diritto oggettivo è gravido di conseguenze pratiche. Per esempio, il giornalista che si attenga alle regole del *Codice deontologico* relativo al trattamento dei dati personali - approvato dal suo Ordine professionale con la pretesa, del tutto unilaterale (anche se avvalorata dal Garante), di "contemperare i diritti fondamentali della persona con il diritto dei

¹⁰ Secondo la classica definizione accolta da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*⁵, II, Padova 1984, 2.

cittadini all'informazione e con la libertà di stampa"¹¹ - può ciononostante incorrere in un comportamento illecito¹²? Il decreto ministeriale che approva il regolamento di un gioco a premi predisposto dall'ente gestore, oppure lo Statuto di un ente pubblico previdenziale vanno interpretati come atti normativi o come regolamenti contrattuali¹³? Può l'atto di "indirizzo e coordinamento" essere fatto valere come fonte di norme direttamente applicabili, immediatamente vincolanti e dotate di efficacia *erga omnes*¹⁴? Scorrendo i massimari di giurisprudenza ci si imbatte in continui dilemmi che si collocano lungo il discrimine tra ciò che è e ciò che non è atto normativo, dilemmi ai quali i giudici offrono risposte molto spesso opposte.

Molti degli atti dubbi potrebbero essere classificati sotto l'equivoca denominazione di *soft law*. Deve ignorarli il giurista? La domanda è difficile solo perché mal posta. A me sembra che il giurista debba aver ben netta la distinzione tra ciò che è "fonte del diritto" e ciò che non lo è: e fonte del diritto può essere esclusivamente l'atto (e, in certi anfratti, il "fatto") previsto come tale da una norma di riconoscimento. La separazione dei poteri stacca il mondo dei testi, da cui si possono ricavare le norme, dal processo di produzione delle norme stesse, cioè dall'interpretazione. Il *soft law*, per definizione, non c'entra con le "fonti di diritto", ossia con l'*hard law*. Può entrare invece nel processo di interpretazione per profili

¹¹ Così l'art. 1 del *Codice deontologico relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica ai sensi dell'art. 25 della legge 31 dicembre 1996, n. 675*, pubblicato sulla *G.U.* n. 179 del 3/8/1998.

¹² È apparentemente un punto fermo della giurisprudenza di Cassazione che le regole deontologiche si riferiscono "a precetti extragiuridici ovvero a regole interne alle categorie e non già ad atti normativi" (così ad es., tra le decisioni più recenti, Cassaz. civile, sez. III, 11 ottobre 2006, n. 21732). Ma in esplicito dissenso da questo orientamento si esprime per es. Cassaz. civile, sez. III, 14 luglio 2004, n. 13078 e Cassaz. civile, sez. un., 23 marzo 2004, n. 5776. Per altro il Consiglio nazionale forense sembra orientato a ritenere che il codice deontologico non abbia carattere "creativo" bensì "ricognitivo" delle situazioni in precedenza ritenute costituenti illecito disciplinare, per cui possa essere invocato anche retroattivamente (si veda per es. la decisione 28 novembre 2003, n. 372, in *Rass. forense* 2004, 1005, s.m.). Anche i giudici amministrativi di primo grado si sono talvolta manifestati propensi ad un'applicazione diretta di tali atti: cfr. per es. T.A.R. Marche, 8 febbraio 1996, n. 50

¹³ Cfr., rispettivamente, Cassaz. civile, sez. III, 31 luglio 2006, n. 17458, in *Mass Giust. civ.* 2006, 7-8 e Cassaz. civile, sez. lav., 24 ottobre 1998, n. 10581, *ivi*. 1998, 2171 (entrambe nel senso di escludere la natura normativa dell'atto).

¹⁴ Per la risposta negativa cfr. Consiglio di stato, sez. V, 28 giugno 2004, n. 4780 e sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 380 e precedenti *ivi* citati. Ma di contrario avviso sembra invece la Cassaz. penale, sez. III, 10 gennaio 2006, n. 3963; ma in campo penale anche documenti che a prima vista dovrebbero giudicarsi sicuramente privi di "valore normativo" – come un circolare che reca le "linee guida" sugli alimenti adatti ad un intenso sforzo muscolare – può viceversa acquistarlo ai fini di determinare la data dalla quale una determinata condotta può "con la dovuta sicurezza ritenersi qualificata dall'elemento soggettivo" proprio dei reati specifici: cfr. Cassaz. penale, sez. III, 18 maggio 2005, n. 36943. Per altro, il T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 9 maggio 2005, n. 3452 (*ivi*), affrontando numerose questioni di legittimità delle "Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita", non sembra minimamente dubitare della "normatività" del D.M. che le approva. Anche in riferimento all' "Atto di indirizzo a carattere generale in materia di adeguamento degli statuti delle fondazioni", adottato dal Ministro del Tesoro e pubblicato nella *G. U.* del 10 agosto 1999 n. 186, il T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 22 febbraio 2002, n. 1196 ne afferma *expressis verbis* l'immediata precettività. In genere la giurisprudenza amministrativa appare alquanto oscillante in relazione al valore da assegnare a questa tipologia di atti, anche quando si è trattato di temi delicatissimi come i criteri di accreditamento delle strutture sanitarie (si vedano, per es., le opposte opinioni espresse da T.A.R. Umbria, 1 luglio 2000, n. 526 e T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 28 dicembre 1999, n. 3398) o gli studi di compatibilità ambientale (T.A.R. Lombardia - Brescia, 3 aprile 2001, n. 151; T.A.R. Puglia - Lecce, sez. I, 21 giugno 2001, n. 3011, T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, 26 novembre 2002, n. 712 e, per l'opinione opposta, TAR Puglia - Bari 1 aprile 2000, n. 1277), fondando spesso il giudizio sulla fraseggiatura delle "disposizioni" in essi contenute o persino sul comportamento conseguente tenuto dai protagonisti istituzionali.

diversi.

Anzitutto può rilevare come materiale strumentale alla ricostruzione dell'*intenzione del legislatore*, nella misura in cui la si ritenga utile alla comprensione della legge. Questo può valere almeno per il *pre-law* (libri bianchi, libri verdi, programmi di azione, comunicazioni istituzionali ecc.): ma l'argomento dell'*intenzione del legislatore* ha il limitato valore che gli può essere riconosciuto in un sistema giuridico dove prevale la considerazione della *ratio* oggettiva della legge e la sua interpretazione "orientata" (alla Costituzione, alle norme comunitarie ecc.). A parte le considerazioni che già si sono proposte circa l'esiguo spazio che residua, in un sistema a costituzione rigida, alle considerazioni della cd. volontà del legislatore, c'è ancora da aggiungere che è la stessa natura complessa e pluralistica degli organi politici che noi metaforicamente chiamiamo "legislatore" ad impedire che venga in considerazione la sua supposta "volontà". Ciò che l'assemblea elettiva difficoltosamente approva attraverso complesse trattative e compromessi politici (e spesso linguistici) non può che essere bloccato definitivamente dalla votazione finale del testo, resa definitivamente certificata e immodificabili dall'atto di promulgazione della legge.

Per quanto riguarda invece gli atti *post-law* (linee guida, direttive interpretative, circolari, ecc.) ricadiamo in pieno nel problema, tutto sommato tradizionale, se il singolo atto sia o meno qualificabile come "fonte" (sub legislativa, di natura tendenzialmente regolamentare). Sono "istruzioni d'uso" che spesso veicolano lungo i canali gerarchici della comunicazione burocratica, e indirizzano i comportamenti dei "sottoposti", privi però di alcuna efficacia normativa nell'ordinamento generale. Nulla di nuovo, dunque.

I documenti di *soft law* possono però rilevare nell'interpretazione – applicazione delle leggi anche sotto un altro profilo, ossia come strumenti utili alla conoscenza della situazione di fatto in cui opera la disposizione. Ma anche questa è una prospettiva tradizionale, in fondo, perché la considerazione delle "buone pratiche", delle regole tecniche, delle tabelle attuariali ecc. sono materiali utili alla comprensione della realtà, dell'*id quod plerumque accidit*, degli usi e delle prassi secondo le quali le cose si svolgono nella loro normalità: non sono più "normativi" delle regole di grammatica e sintassi. Soprattutto non possono deviare l'attenzione del giudice dal controllo sulla legalità dei comportamenti, legalità che resta definita in termini di *hard law*. E ciò non per rispetto di una concezione formalista del diritto, ma di una concezione liberale e costituzionale dei rapporti sociali e della funzione del diritto come difesa dell'individuo e, in particolare, dell'individuo che si trovi in posizione di inferiorità economica.

Allora arriviamo a quello che costituisce il vero problema, il c.d. *para-law*, ossia gli strumenti alternativi ad atti vincolanti, quali raccomandazioni, pareri comunicazioni non interpretative ecc.¹⁵. Fenomeni che mi sembrano piuttosto

¹⁵ Uso la terminologia di L. SENDEN, *Soft Law in European Community*, Oxford – Portland 2004, 120 e A.

disomogenei e che perciò è inevitabile che creino confusione se costretti a convivere in un'unica famiglia. Che il diritto sia *una* delle forme di controllo sociale, e neppure sempre e ovunque la più efficace, appartiene all'insegnamento dei primi sociologi del diritto: i messaggi pubblicitari, in una società dei consumi, dirigono i comportamenti dei consociati molto di più di quanto facciano le leggi. Su tutt'altro scenario, nelle strutture di tipo gerarchico operano strumenti "interni" di direzione – tipiche le circolari e le direttive – che all'esterno dell'organizzazione non rivestono alcun carattere normativo. Mentre tra soggetti autonomi, ma connessi da legami di responsabilità politica (l'ente azionista e i suoi rappresentanti negli organi della società, per es.), esistono strumenti di direzione più *soft* che ben poco c'entrano con il diritto; ecc. Per il diritto, tutti questi sono "fatti", nudi e crudi: il che non significa affatto che siano privi di rilevanza, poiché concorrono a organizzare la realtà a cui la norma giuridica – che essi però non producono né concorrono a formare – dovrà essere applicata, come si diceva poc'anzi. Svariati sono i contesti in cui possono acquisire rilevanza: si pensi ad esempio ai parametri secondo cui si valuta la "diligenza, prudenza e perizia" di un prestatore d'opera o la responsabilità per danno ambientale.

4. L'attenuazione della linea di demarcazione di ciò che è diritto da ciò che non lo è genera problemi rilevanti per tutti noi: o forse è solo un sintomo dello smottamento che sta travolgendo la separazione tra pubblico e privato. *Soft law* e *governance* sono i termini che definiscono gli elementi critici di questo smottamento.

I cittadini operano nel "pubblico", il loro ambiente è la *politica*; il "privato" è invece il *mercato*, il suo "abitatore" è il consumatore. Ragionando sulle cose, la contrapposizione tra politica e mercato non ha molto senso: non esiste un mercato se non in quanto regolato (e regolato dalla "politica", perché si tratta di mediare tra interessi molto diversi) e, nella nostra esperienza costituzionale, non c'è politica che non rispetti il mercato e, anzi, non ne assimili i fondamenti (per es. di competizione concorrenziale) traducendoli in propri principi. La contrapposizione è invece netta sul piano ideologico, della rappresentazione della società.

L'identificazione della categoria dei "consumatori e utenti" come titolari di diritti fondamentali è la proiezione sul piano soggettivo della affermazione del mercato come ambito privilegiato dell'analisi e dell'organizzazione sociale. Così come il mercato è diventato lo spazio oggettivo entro il quale la politica può muoversi (legittimamente se ne rispetta i principi), il movimento dei consumatori è diventata l'*élite* dell'informe e generico aggregato dei cittadini - *élite* che, sola, si ritiene legittimata a rivendicare diritti nel mercato e ad agire in esso. Le imperfezioni del circuito democratico-rappresentativo e la sua riscontrata inefficienza accreditano

alcune avanguardie a rappresentare gli interessi popolari, ed in ciò le organizzazioni dei consumatori si trovano normalmente alleate alle associazioni ambientaliste.

Il successo di tali organizzazioni nasce dalla critica alla democrazia rappresentativa: esse si presentano come avanguardie composte da persone legittimate non dal voto ma dalla bontà e purezza delle proprie convinzioni e dalla promessa che si batteranno per gli ideali professati senza cedimenti e compromessi. Difendono “valori non negoziabili” come tutti i fondamentalisti, e come tutti i fondamentalisti presuppongono e alimentano – consapevolmente o meno – una cultura antidemocratica, proprio perché antipolitica¹⁶. L’obiettivo di queste organizzazioni non è espandere la democrazia e battersi nelle istituzioni parlamentari per raggiungere punti più avanzati di mediazione con gli interessi confliggenti, come è sempre stato in passato per le organizzazioni sociali. Si muovono piuttosto sul piano del *lobbying* e della *governance*, cioè fuori dalle procedure costituzionali, dove però si incontrano con gli interessi economici organizzati che da tempo lì si sono insediati.

Ambientalisti e difensori dei consumatori preferiscono semmai *usare* il diritto piuttosto che battersi per produrlo attraverso i metodi della democrazia rappresentativa; sono gli organi giudiziari, piuttosto che le aule parlamentari, il luogo privilegiato della loro azione. Queste organizzazioni concorrono perciò in grande misura al macroscopico fenomeno di emarginazione degli organi politici e di esaltazione del ruolo degli apparati giudiziari nella conformazione dei diritti individuali. “*Essi sembrano avere più fiducia in un apparato giudiziario non elettivo piuttosto che nel Parlamento*”¹⁷. Ma non bisogna affatto meravigliarsene.

Oggi l’intervento attivo dello Stato e della politica non è più richiesto: “*è il mercato dei generi di consumo che si occupa di produrre consenso e di sollecitare la condotta sociale appropriata*”, dato che “*orientare verso il mercato individui che perseguono la soddisfazione di bisogni sempre crescenti è l’unica cosa indispensabile all’integrazione sociale*”. La politica è invitata a star fuori dal mondo dei consumi ed a non interferire in quella che è “*una questione privata tra consumatore e mercato*”¹⁸. Allo Stato e al suo diritto spetta al più di assicurare un certo equilibrio tra le parti fissando in termini molto generali i rispettivi diritti e doveri attraverso una pratica di mediazione tra esse (la *governance*), e lasciando poi alle regole elaborate “dal basso” (la *soft law*) di precisare i contorni delle reciproche garanzie.

Come è evidente, la sostituzione della politica con il mercato (che era il sogno

¹⁶ “*In reality, the consumerist critique of representative democracy is fundamentally an anti-democratic one. It is based on the premise that unelected individuals who possess a lofty moral purpose have a greater right to act on the public’s behalf than politicians elected through an imperfect political process. Environmentalist campaigners, who derive their mandate from a self selected network of advocacy groups, represent a far narrower constituency than an elected politician. Judging by its record, the response of consumer activism to the genuine problem of democratic accountability, is to avoid it altogether in favour of opting for interest group lobbying*”: F. FUREDI, *Consuming Democracy: activism, elitism and political apathy*, www.geser.net/furedi.html.

¹⁷ F. FUREDI, *op. cit.* (la traduzione è mia).

¹⁸ Le citazioni sono tratte da Z. BAUMAN, *La libertà*, Troina (Enna) 2002, 130 s.

vagheggiato da Adam Smith ben prima che Coase formalizzasse il suo teorema) non è affatto un'operazione neutra, ma un'opzione altamente politica che implica alcune scelte strategiche. È il tramonto di una visione della società fatta di processi democratici che determinano le scelte pubbliche e dalla prevalenza dell'interesse generale su quello individuale; siccome l'interesse generale non può che essere l'interesse dei più, essa è necessariamente ispirata alla giustizia sociale, alla tutela delle componenti deboli, all'obiettivo di assicurare la parità di chance.

Ma tutto ciò non è affatto "economico": in nome dell'economia – unica scienza inesatta basata sulla matematica – noi abbiamo ristretto l'area del "pubblico" per togliere lacci e laccioli al "privato". È così, messo in un angolo lo Stato democratico costituzionale, ci ritroviamo con una riedizione della sovranità della ricchezza e della proprietà (nonché del consumo e dell'utenza) che si erge contro la sovranità della politica, dei cittadini, della rappresentanza, della regola di maggioranza, della volontà generale. Questo è il problema: con il tramonto della sovranità politica, noi cittadini – "*we, the people*" – vediamo sfumare il nostro ruolo e veniamo declassati a consumatori.

Entriamo così nel mercato, che non ha più bisogno della politica né dell'apparato pubblico: ciò che lo organizza si chiama *governance* perché non si può chiamare semplicemente 'governo', dato che 'governo' implicherebbe politica; mentre i processi decisionali si vogliono tenere fuori dalla politica, devono basarsi su una concertazione che si svolge ben lontana dai canali rappresentativi, dove – guarda caso – "noi" siamo talvolta presenti tramite alcune potentissime associazioni di consumatori, non però come "cittadini"; e si chiama *soft law* perché contesta la stessa utilità di un diritto "duro", "arcigno", l'opprimente regolazione di provenienza statale. Che bisogno ne abbiamo? *L'hard law* serve a difenderci dagli altri, da coloro che non riescono a sopravvivere nel mercato. Per il resto, non basta il mercato a garantire i nostri diritti – i diritti di noi, "*we, the consumers*"?