LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO: TRADIZIONE, ATTUALITÀ, FUTURO*

MATTEO MILANESI**

* Brevi considerazioni a partire da F. Uhlmann (a cura di), *Codification of Administrative Law. A Comparative Study on the Sources of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2023
Contributo non sottoposto a referaggio in conformità al Regolamento della Rivista.

** Cultore della materia in Diritto costituzionale, Università Cattolica del Sacro Cuore.
Contatto: matteo.milanesi@unicatt.it

© 2007-2023 Osservatoriosullefonti.it – Anno XVI
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Gli scritti di diritto comparato sono sempre un'ottima occasione per vedere se stessi da un diverso punto focale. In questo senso, il recentissimo *Codification of Administrative Law. A Comparative Study on the Sources of Administrative Law*, curato da F. Uhlmann ed edito per i tipi di Hart, non fa eccezione.

Il volume ha un dichiarato obiettivo: sondare l'approccio che i diversi Stati adottano nella gestione delle fonti del diritto amministrativo, valutando l'impiego che essi fanno dello strumento codicistico. Gli interrogativi che ispirano l'indagine sono diversi:

> Does codification increase predictability and legal certainty? Does codification lead to a 'petrification' of general administrative law […]? Which areas of general administrative law are suitable for codification, which are not, and why and why not?[1]

Si tratta di questioni dal rilievo storico, che purtuttavia – e il volume in commento ne è una dimostrazione – seguitano a dominare il dibattito scientifico. Peraltro, gli argomenti oggetto dell'indagine non possono ontologicamente restare confinati nel campo del diritto amministrativo, stante il loro rilievo trasversale. Uno su tutti: il rapporto tra codificazione della legislazione e prevedibilità degli effetti giuridici; e quindi, in ultima analisi, il legame tra codici e certezza del diritto[2].

La scelta di limitare il campo d'indagine alla materia amministrativa risulta comunque oculata. Tanto per l'assenza di una consolidata tradizione codificativa nel settore[3] – differentemente da quanto accade per i diritti civile e penale – quanto per l'elevato grado di difficoltà della disciplina, variamente derivante dalla estensione degli argomenti oggetto di regolazione, dalla molteplicità delle fonti[4] e dalla produzione legislativa alluvionale. Condizioni, queste, che rendono doppiamente interessante il lavoro in oggetto.

Altrettanto efficace la struttura di quest'opera collettanea. I vari contributi, che in totale esaminano i sistemi giuridico-amministrativi di tredici Stati e dell'Unione Europea, sono affiancati da un'indagine comparativa finale, a firma del curatore. Tra i vari titoli non può che spiccare – agli occhi del lettore italiano – quello che, redatto da Roberto Caranta, è dedicato al nostro

[1] F. UHLMANN, *Introduction*, p. 2 del volume in commento.

[2] Sulla certezza del diritto come prevedibilità: F. F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, 2018, p. 57; S. PRADUROUX, *Certezza del diritto*, in *Digesto online*, Torino, UTET, 2014.

[3] Scrive lo stesso UHLMANN: «[o]n a very general level, one may state that general administrative law is clearly less codified than other areas of law» (ID., *Comparative Analysis*, p. 388 del volume in commento).

[4] *Ivi*, p. 387 ss.

ordinamento: *Administrative Proceedings in Italy*[5]. In netto contrasto con l'intitolazione degli altri saggi, le parole «codice» o «codificazione» qui non compaiono, lasciando spazio alla centralità dei «procedimenti». Si tratta, chiaramente, di una scelta non solo stilistica, ma empirico-descrittiva; consapevole, in altri termini, del caso italiano, ove il rapporto tra amministrazione e codificazione non è mai stato semplice.

2. La letteratura storico-giuridica ha avuto modo di dimostrarlo. In un importante saggio del 1976, Cesare Mozzarelli e Stefano Nespor[6] – ricostruendo il pensiero dei giuristi dell'Italia liberale in materia – hanno identificato una *summa divisio* dottrinale. Da un lato, i reticenti alla codificazione amministrativa, motivati dalla «recente origine della materia e [dal]la mancanza di una antica e compiuta elaborazione dottrinale»[7] (i), così come dalla volontà di promuovere – attraverso la valorizzazione dell'esegesi e dello «spazio di manovra» del potere pubblico – la «importanza della difesa dell'autonomia e della discrezionalità dell'amministrazione»[8], fondamentale per non stringere la stessa entro i vincoli di uno sterile formalismo (ii). Dall'altra, i favorevoli. Per questi ultimi la codificazione, lungi dall'essere un limite, viene interpretata quale fulgida prospettiva; ossia in quanto strumento in grado di perseguire la certezza del diritto (i) e di attenuare il patologico arbitrio dell'amministrazione (ii).

Ulteriori contributi scientifici[9] – di fattura altrettanto pregevole – hanno cercato di identificare le tracce di uno sviluppo sequenziale della codificazione (o quantomeno della sua logica) nel sistema giuspubblicistico italiano. A tal riguardo, nelle leggi amministrative generali, largamente licenziate dal Parlamento nazionale sin dalla prima età postunitaria, potrebbe identificarsi la progressiva volontà di porre ordine al pluralismo, di sistematizzare il molteplice e, quindi, di garantire l'omogeneità dell'ordinamento. Attraverso questa chiave di lettura, sarebbe dunque possibile accomunare – in linea tendenziale e salvi restando i distinguo del caso – la c.d. *Legge Abolitiva del Contenzioso*, l'esperienza dei testi unici e la L. 241/90 al di sotto del vessillo unitario della codificazione.

La L. 241/90, che secondo la tesi analizzata dovrebbe costituire il punto d'arrivo di questo percorso, sembra tuttavia aver tradito le aspettative per

[5] R. CARANTA, *Administrative Proceedings in Italy,* pp. 171-192 del volume in commento.

[6] C. MOZZARELLI, S. NESPOR, *La codificazione del diritto amministrativo. Giuristi e istituzioni nello Stato liberale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, pp. 1087-1137.

[7], *Ivi,* p. 1088.

[8] *Ibid*.

[9] M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2016, pp. 347-366.

diverse ragioni[10]. Anzitutto, per la sua incompletezza. In secondo luogo, per la sua tendenza a disciplinare il dettaglio, in luogo della definizione di istituti trasversali e di più ampio respiro. Senza contare che, allo stato attuale, di un codice amministrativo unitario non vi è nemmeno l'ombra. Al più, possono identificarsi vari tentativi di testo unico, talora ottimisticamente definiti «codici», che hanno la velleità di sistematizzare questa o quella materia sub-amministrativa. Fonti che, tuttavia, tradiscono le loro ambizioni ogniqualvolta vengono soverchiate dall'alluvione normativa, che puntualmente (e spesso imponderatamente) moltiplica le norme extravaganti o, comunque, ritocca continuamente la disciplina, impedendone il consolidamento.

3. Tali aspetti non sfuggono al contributo di Caranta, il quale, pur sostenendo che «[c]odification is very much a necessity in all main areas of administrative law»[11], rileva come i testi di legge che caratterizzano attualmente l'ordinamento amministrativo italiano siano «in a constant state of flux»[12]. Dimostrazione di questa logorrea normativa si ha (anche) nella comune pratica della decretazione correttiva, che – nonostante sia caratterizzata dalle migliori intenzioni[13] – inevitabilmente costituisce un fattore di instabilità dell'ordinamento nel breve periodo[14].

Nel volume, il profilo diacronico della legislazione assume dunque una centralità significativa. Uhlmann scrive alcune parole dirimenti sul punto: «it should be kept in mind that codification consumes lots of resources, not only for its creation *but even more so for its maintenance*»[15]. È forse questa la principale ragione della crisi dei codici: l'assenza di un'adeguata «manutenzione»[16].

Si comprende, così, il forte interesse per il caso francese, in cui la codificazione a diritto costante è divenuta priorità istituzionale. Essa consiste nella periodica raccolta e sistematizzazione dei testi normativi, secondo diversi schemi: «the codification can operate in different ways: without any change of positive

[10] Le considerazioni che seguono sono enunciate con chiarezza da A. SANDULLI, *Verso la codificazione della disciplina dell'azione amministrativa?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2006, pp. 686-691.

[11] R. CARANTA, *op. cit.*, p. 192.

[12] *Ivi*, p. 191.

[13] Consente infatti di «aggiustare il tiro» della regolazione, attraverso un esame empirico degli effetti della disciplina (Cfr. E. CATERINA, *Legislazione sperimentale e decreti legislativi integrativi e correttivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021).

[14] R. CARANTA, *op. cit.*, p. 191: «these complex pieces of delegated legislation often contain unclear provisions or show gaps as soon as their application starts, enabling legislation typically gives the government the power to enact additional delegated rules within one year after the first legal text is enacted».

[15] F. UHLMANN, *Comparative Analysis*, cit., p. 410 del volume in commento.

[16] Questo termine, calzante, è stato impiegato da M. DOGLIANI, curatore dell'opera collettanea *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, Giappichelli, 2012.

law, by simple reorganisation or by depth consolidation»[17]. La letteratura italiana ha già approfondito questi meccanismi, il cui obiettivo ultimo è unitario: «che ogni proposizione normativa […] sia contenuta in un codice, e quindi inserita armoniosamente nel suo contesto.»[18]

Significativa, dunque, è l'attenzione agli sviluppi del sistema, ai suoi aggiornamenti; è un approccio ormai condiviso tra studiosi della normazione: «il tradizionale *life-cycle of legislation* (che culminava nell'adozione della regola) viene a essere attratto e incluso nella più ampia e completa prospettiva del *life-cycle of regulation*»[19]. Alla tecnica normativa tradizionale è richiesto di evolversi; per farlo, la sua logica deve replicare quella del ciclo della regolazione.

Apparentemente, l'uso dello strumento codicistico sembra essere il miglior alleato per affrontare questa sfida di politica del diritto. Ciononostante, il volume in commento non si conclude con l'indicazione di un percorso perentorio. Uhlmann, invero, propone due strade alternative.

La prima, va da sé, è quella a cui si è accennato sinora: la classica codificazione delle fattispecie astratte. Secondo questa impostazione, la disciplina deve essere ricercata «in the Act itself»[20]:

> This is possible through an abstract definition, which in turn brings with it room for interpretation and thus uncertainty. Another way is to apply administrative law only if the statute regulates as such […] This presupposes that there is a generally applicable law for the remaining cases. In the Netherlands, civil law assumes this role. In other jurisdictions, perhaps constitutional law could do the same. This approach comes with the disadvantage that uncodified areas remain underdeveloped […].[21]

Resta dunque aperta la domanda circa la tecnica esegetica da impiegare; sicché, il problema dell'incertezza non è del tutto scacciato, ma resta sullo sfondo.

Un'alternativa si rinviene nella valorizzazione della discrezionalità, ossia nella attività attraverso cui il legislatore

> [A]nalyse[s] the 'common understanding' in the country and [uses] it as a guide for legislation without defining administrative law in the Act itself. This leaves it to the legal scholarship and the courts to circumscribe the scope of

[17] D. COSTA, *Codification of Administrative Law: A French Oxymoron*, p. 142 del volume in commento.

[18] B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 153.

[19] M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 198.

[20] F. UHLMANN, *Comparative Analysis*, cit., p. 411 del volume in commento.

[21] *Ibid*.

application of general administrative law and to draw the boundaries. The advantage of this approach is that it gives courts the flexibility to judge borderline cases appropriately, but it lacks clarity.[22]

A parere di chi scrive, i due schemi non si pongono su versanti antitetici. Il problema vagliato sembra attenere più alla tecnica di redazione della singola disposizione che non alla sistematizzazione legislativa. In altri termini: è più un problema di intellegibilità della previsione normativa atomisticamente considerata che non di ordine del diritto oggettivo. L'autore si interroga infatti sul binomio casistica-fattispecie, rinviandosi, con il primo termine, alla progettazione di norme tipizzate e, con il secondo, alla previsione di clausole generali. Ma altro è la redazione testuale della norma, altro è la sua collocazione topografica.

Così, si può pensare che – indipendentemente dall'approccio regolatorio scelto tra i due prospettati – il codice resti utile in sé, in quanto fonte in grado di ricondurre ad unità la disciplina di una certa materia. Ciò, di conseguenza, vale tanto per i sistemi a fattispecie astratta quanto per quelli plasmati sulla «*flexibility to judge*»: il fatto che l'amministrazione e il giudice godano di un più ampio potere in relazione all'interpretazione delle norme non significa infatti che le stesse non debbano poter essere coordinate entro un *corpus* organico: quel che Beccaria definiva «il sacro codice delle leggi»[23].

4. Il legislatore italiano sembra averlo compreso. Così, nella disciplina nazionale del *drafting*[24] il riferimento alla codificazione è continuo. L'obiettivo perseguito, come precisato, è quello del mantenimento di queste fonti; si vuole scongiurare (e prevenire) la proliferazione patologica di «leggi e leggine», valorizzando dunque il ricorso a quegli strumenti sistematici che sono i codici. Il modo migliore per farlo è evitare che l'attività normativa successiva al perfezionamento di tali atti scalfisca l'unità regolatoria dei medesimi e l'ordine sistematico che essi assicurano.

Coerentemente, già la L. 400/88 impone alla Presidenza del Consiglio di adottare «atti di indirizzo e coordinamento per assicurare che gli interventi normativi incidenti sulle materie oggetto di riordino […] siano attuati esclusivamente mediante modifica o integrazione delle disposizioni contenute nei corrispondenti codici e testi unici» (art. 13-*bis*, co. 4 cit.). Le *Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi* – adottate unitariamente

[22] *Ibid.*

[23] C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in F. VENTURI (a cura di), *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, Torino, Einaudi, 2007, p. 18 (§ V).

[24] Disciplina che, lungi dall'essere unitaria, si articola in diverse fonti.

da Camera, Senato e Presidenza del Consiglio con le circolari del 20 aprile 2001 – si pongono sullo stesso piano, allorché esprimono una chiara preferenza per la tecnica della novellazione (art. 3, lett. a).

Il compimento di queste tendenze si ha con la recente introduzione dell'art. 3-*bis* c.p. L'articolo incardina nell'ordinamento penale un interessante meccanismo: la c.d. «riserva di codice». Essa si sostanzia nel principio per cui «nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia»[25].

Questo atteggiamento, trasversale, coinvolge anche il diritto amministrativo. La riserva di cui all'art. 3-*bis* c.p. trova infatti un *pendant* nell'analoga norma contenuta nel nuovo *Codice dei contratti pubblici*; l'art 227 del D. Lgs. 36/2023 – rubricato «aggiornamenti» – dispone infatti che: «[o]gni intervento normativo incidente sulle disposizioni del codice e dei suoi allegati, o sulle materie dagli stessi disciplinate, è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in essi contenute».

Un siffatto sistema, che pare così attento alle esigenze della codificazione, farebbe ben sperare se non fosse per la sua debole efficacia normativa. Le norme citate, come già rilevato dalla dottrina, altro non sono che autovincoli legislativi[26], sostanzialmente inidonei a indirizzare in modo cogente l'attività del legislatore ordinario.

La pietra tombale su questi costrutti è del resto stata posta dalla stessa Consulta, che – in più occasioni – si è espressa perentoriamente su tali meccanismi; in ordine agli autovincoli contenuti nello *Statuto del contribuente*, la Corte ha statuito: «le disposizioni della legge n. 212 del 2000 non costituiscono parametro idoneo a fondare il giudizio di legittimità costituzionale»[27]; questo perché ogni disposizione primaria, «in quanto dotata della stessa forza della legge n. 212 del 2000 (che non ha valore superiore a quello della legge ordinaria […]), è idonea [persino] ad abrogare implicitamente quest'ultima»[28].

La trattazione del tema richiederebbe tutt'altra sede e tutt'altra estensione, ma – per quel che qui rileva – basti osservare quanto segue. Se, da un lato, il legislatore ha intessuto un quadro regolatorio encomiabile, dall'altro non ha mai fatto i conti con la sua debole efficacia normativa. In questo senso, la disciplina – pur attenta – ha spesso scontato la poca considerazione del

[25] Così dispone, per l'appunto, il novellato codice penale.

[26] «[T]rattasi di vere e proprie leggi ordinarie che vincolano (o pretendono di vincolare) la discrezionalità del futuro legislatore che intenda intervenire su di esse ovvero sulla disciplina da essere recate a determinate materie.» (A. TOSCANO, C*hiarezza, omogeneità e retroattività della legge: alcune riflessioni su forma di stato e fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 6).

[27] C. cost., ord. 185/2009.

[28] C. cost., ord. 41/2008.

legislatore primario. Sicché, non si può che concordare con Uhlmann: la scarsa attenzione al profilo manutentivo rischia di vanificare il progetto codificativo.

5. Quali le soluzioni possibili? A ben vedere, si stagliano due opzioni: la costituzionalizzazione espressa della tecnica legislativa[29] o il riconoscimento giudiziale del valore della qualità della normazione, attraverso un'attività interpretativa idonea a ricondurre l'esigenza codicistica al testo costituzionale[30]. Qualora la riserva di codice si radicasse in una fonte sovraordinata, ciascuna norma dovrebbe rispettare tale criterio d'ordine, pena la sua invalidità.

La strada dell'esegesi non pare un'ipotesi astratta. Con la recente sent. 110/2023, la Corte costituzionale ha innovato la propria giurisprudenza in materia di tecnica legislativa, statuendo che «disposizioni irrimediabilmente oscure, e pertanto foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta, si pong[o]no in contrasto con il canone di ragionevolezza della legge di cui all'art. 3 Cost.»[31]. In particolare,

> Una norma radicalmente oscura […] vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri; e crea inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost.[32]

È evidente che la statuizione ha a che vedere con la redazione del testo di legge e non già con la collocazione del medesimo in una fonte definita. In altre

[29] Sugli effetti positivi derivanti da tale attività, cfr. L. PEGORARO, *Il problema della tecnica legislativa come problema costituzionale?*, in ID. *et al (*a cura di), *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati, enti territoriali*, Bologna, CLUEB, 2006, p. 70 e s.

[30] Questa strada è già stata percorsa, con riferimento all'art. 3-*bis* c.p., da MASSIMO DONINI, per il quale «la riserva di codice attua […] un diritto superiore al codice». Vi sarebbe, coerentemente, «[l]a necessità di una lettura "costituzionalmente orientata" dell'art. 3-*bis* c.p., nel senso che la riserva di codice non "esprime" semplicemente, ma "legifica" […] i principi di legalità-determinatezza e di ultima ratio rispetto […] alla "costruzione del sistema" penale: il primo (determinatezza e legalità-riconoscibilità), perché un sistema decodificato e acefalo ("decostruito") produce incoerenza, particolarismo giuridico, irriconoscibilità e inconoscibilità delle regole, violando in definitiva la sufficiente determinatezza e il requisito della riconoscibilità dei precetti; il secondo (ultima ratio), perché la decodificazione è un moltiplicatore di fattispecie oltre la necessità, causando quell'inflazione di sistema che è l'opposto del diritto penale come extrema ratio. Un legislatore ordinario che disattendesse sistematicamente la regola dell'art. 3-*bis* c.p. potrebbe incorrere in una censura di illegittimità costituzionale nella costruzione del sistema penale. Questo è l'esito giuridico della lettura dell'art. 3-*bis* c.p. come regola sub-costituzionale.» (ID., *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in *Sistema penale [Contributi]*, 21 settembre 2020, p. 15 e s.; corsivi rimossi).

[31] Considerando in diritto 4.3.3.

[32] *Ibid*.

parole, ciò che la Corte contrasta è la patologica polisemia della singola norma, non il disordine del diritto oggettivo.

Ciononostante, il provvedimento sembra gettare le basi per sviluppi più ampi. Letta in combinato disposto con la precedente giurisprudenza costituzionale in materia, la sentenza contribuisce a delineare il valore della conoscibilità del precetto da parte dei consociati[33]. E, si noti, è proprio questo il principale ed innegabile effetto dei codici: rendere il diritto accessibile e semplice: «codification offers itself as a simplification to the existing legal order.»[34]

In questo quadro, l'art. 97 Cost., il quale delinea il principio di legalità in materia amministrativa, impone un'attenzione ancor più qualificata a questi profili. Del resto, la conoscibilità e la agevole reperibilità del precetto amministrativo non possono che essere considerati presupposti indefettibili del rispetto della legge[35].

In ultima analisi, si deve concordare con Caranta «[t]he legality principle is very much at the root of Italian administrative law, but dealing with hundreds of provisions scattered among many uncoordinated legal texts flies in the face of this principle»[36]. Posta in questi termini, la questione diviene radicale: l'ordine del diritto amministrativo e la sua codificazione – direttamente implicati dal principio di legalità – devono essere riletti alla stregua di un'esigenza costituzionale.

[33] Per un approfondimento di questi temi, sia consentito un rinvio a M. MILANESI, *L'incostituzionalità delle «disposizioni irrimediabilmente oscure». Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023*, in *Consulta online*, fasc. 2/23, pp. 726-736.

[34] F. UHLMANN, *Comparative Analysis*, cit., p. 397 del volume in commento.

[35] Cfr., sul tema, M. AINIS: «[i]l dovere di fedeltà […] rappresenta l'autentica norma di chiusura del sistema costituzionale […]: ma come si può mai essere "fedeli" a norme incomprensibili?» (ID., *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 117).

[36] R. CARANTA, *op. cit.*, p. 192.