

Barbara Giuliani

Per un Codice amministrativo sostanziale. Riflessioni minime

La recente entrata in vigore di un Codice del processo amministrativo induce a riflettere, ancora una volta, sull'assenza di un Codice amministrativo sostanziale e su quello che Zanobini, tra gli altri, definiva «*il problema della codificabilità del diritto amministrativo [...] pacificamente risolto in senso negativo*»¹.

Sono, peraltro, doverose due premesse metodologiche: in primo luogo, l'intento di chi scrive è esclusivamente quello di sollecitare un confronto di idee, senza alcuna presunzione di fornire soluzioni certe o modelli arditi, anzi nella piena consapevolezza che ogni valutazione spetta solo ai Maestri.

In secondo luogo, non si intende in questa sede affrontare il più ampio tema della nozione di 'codice' o della crisi della codificazione (e della legge e dello Stato) ma limitarsi, invece, ad una riflessione - peraltro, più che dubitativa - sulla possibilità di ipotizzare un Codice di diritto amministrativo sostanziale.

In effetti, può apparire quanto meno peculiare la nascita di un codice di rito in assenza di codice sostanziale, tanto più se si considera il legame inestricabile (ermeneutico e operativo) tra gli aspetti sostanziali e processuali della disciplina. Non è forse un caso che, dopo il Codice di procedura civile del 1940 (la cui esecuzione veniva differita al 1942), sia stato approvato, nello stesso anno 1942, il Codice civile e che esistano codici sostanziali che includono la disciplina processuale - come quello della navigazione - ma non, sino al 16 settembre scorso, codici processuali del tutto sforniti di "gemelli" sostanziali.

Tra l'altro, si sarebbe potuto astrattamente ipotizzare un 'testo unico' delle leggi sul processo amministrativo, mentre il legislatore ha inteso inequivocabilmente procedere all'approvazione di un «*Codice*», sebbene non si esprimesse in quei termini neppure la legge delega: e non certo di un codice di settore², bensì di un Codice che

¹ Guido ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, *Principi generali*, VII ed., Milano, Giuffrè, 1954, pagg. 45-46. Secondo l'Autore, tale conclusione negativa è dovuta non tanto all'impossibilità pratica di redigere un codice sostanziale quanto alla certezza della sua futura instabilità: ciò che, al contrario, non escluderebbe affatto di poter ipotizzare un codice di principi, per definizione meno mutevoli.

² Sui codici di settore, cfr. Federico SORRENTINO, «Dai testi unici misti ai codici di settore: profili costituzionali», in *Diritto amministrativo*, 2005, pagg. 261-273; Giovanni SAVINI, *Esperienze di nuova codificazione: i "codici di semplificazione di settore"*, Padova, Cedam, 2007. Secondo Natalino IRTI, che ribadisce le proprie tesi tradizionali, «i codici di settore non segnano un ritorno al Codice, ossia alla forma storica del codice, ma sviluppo e compimento del processo di decodificazione» («Codici di settore»: compimento della "decodificazione"», in Maria Alessandra SANDULLI [a cura di], *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 18).

Solo negli ultimi dieci anni, il legislatore ha utilizzato il termine «*Codice*» nell'epigrafe di almeno tredici testi normativi, e per l'esattezza (salvo dimenticanze): Codice dell'ordinamento militare (d.lgs. n. 66/2010); Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (d.lgs. n. 198/2006); Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (d.lgs. n. 163/2006); Codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006); Codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209/2005); Codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005); Codice della nautica da diporto (d.lgs. n. 171/2005); Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005); Codice della proprietà industriale (d.lgs. n. 30/2005); Codice dei beni culturali e del

«intende, a buon diritto, collocarsi a fianco dei quattro codici tradizionali del nostro ordinamento [...] ad ulteriore conferma della " piena dignità" del giudice amministrativo»³.

Occorre prendere atto, dunque, che, pur a fronte della conclamata crisi della codificazione, messa a nudo in primo luogo dagli studiosi del diritto civile⁴ e dagli storici del diritto, si è assistito proprio negli ultimi anni a un processo inverso che taluni Autori hanno definito di «ricodificazione»⁵ o «neocodificazione»⁶, paradossalmente incentivato proprio dal proliferare degli ordinamenti specialistici di settore e dalla esigenza, sentitamente diffusa, di fornire strumenti adeguati ad orientarsi, con minori difficoltà, nella selva legislativa.

Come è stato ben sintetizzato, «il codice è divenuto null'altro se non uno strumento per consentire ai destinatari delle regole di poterle comprendere in modo unitario, talvolta anche con la possibilità di introdurre, nel momento in cui il sistema unitario viene ricostruito, delle innovazioni anche significative»⁷.

In tale contesto, è stata tradizionalmente negata, come noto, la possibilità di redigere un Codice amministrativo⁸, con argomentazioni che riguardano, per lo più, la complessità e la mutevolezza - o addirittura instabilità - della materia.

Si può forse tentare, nondimeno, di rivisitare tale opinione negativa, sia dal punto di vista (generale) dello strumento-Codice in sé sia dal punto di vista (particolare) del diritto amministrativo odierno.

Infatti, sotto il primo aspetto, sarebbe sufficiente abbandonare la nozione ottocentesca di Codice - frutto del razionalismo illuminista e dell'affermarsi degli Stati assoluti - per accedere ad una diversa configurazione del medesimo strumento: «La codificazione intesa differentemente, insomma, come creazione aperta [...], volta ad

paesaggio (d.lgs. n. 42/2004); Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003); Codice del consumo (d.lgs. n. 229/2003); Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003).

Sulla distinzione tra codici e testi unici, cfr. tra l'altro Romano FERRARI ZUMBINI, «Testi unici», in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXXI, Roma, Treccani, 1994, *ad vocem*, par. 3.2.

³ Maria Alessandra SANDULLI, «Anche il processo amministrativo ha finalmente un Codice», in *Foro amministrativo - TAR*, 2010, n. 5, pag. LXVI. In termini simili la Relazione introduttiva generale allo schema di decreto legislativo (Atto del Governo n. 212 - XVI legislatura). Si legga anche Raffaele GRECO, «Le ragioni di un codice amministrativo», 2010, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴ Tra i quali l'ormai sempre citato Natalino IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

⁵ Ad esempio, Stefano RODOTÀ, «Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale», in Paolo CAPPELLINI - Bernardo SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000*, Milano, Giuffrè, 2000, pag. 559.

⁶ Riccardo VIRIGLIO, *La neocodificazione. Riordino e riforma della legislazione per mezzo di testi unici*, Napoli, Jovene, 2007, pag. 152. Lo stesso Autore scrive: «Proprio la legislazione speciale che aveva svuotato innanzitutto il codice civile, ridefinendo senso e funzione della stessa forma giuridica "codice", reclama oggi di essere oggetto di una nuova opera di riordino, anzi di "codificazione"» (ivi, pag. 145).

Secondo Giovanni TARELLO, «il ruolo tradizionale del codice civile è stato svuotato dall'avvento della costituzione rigida e non dall'incremento della legislazione contrattata» («Codice. I) Teoria generale», in *Enciclopedia giuridica*, vol. VI, Roma, Treccani, 1988, *ad vocem*, par. 9).

⁷ Carlo Emanuele GALLO, «Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura», in *Urbanistica e appalti*, 2010, n. 9, pag. 1014.

⁸ Per un'approfondita disamina delle diverse posizioni che si sono succedute sul punto, si legga Margherita RAMAJOLI, «L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, n. 2, pp. 347-388.

*individuare "un vocabolario comune"»⁹. Se il Codice contemporaneo non può più aspirare alla completezza e alla stabilità, vittima della "liquidità" descritta da Bauman e della globalizzazione, non per questo esso deve cessare *tout court* di svolgere un ruolo di coordinamento innovativo, sia pure nei termini di cui si dirà più avanti.*

Anche dal punto di vista del diritto amministrativo odierno, è lecito considerare talune indubbie evoluzioni della disciplina, che forse conforterebbero l'ipotesi di poter addivenire a una codificazione. In particolare:

- 1) la scienza del diritto amministrativo è, come insegnano i Maestri¹⁰, assai più giovane di altre e potrebbe quindi aver maturato solo oggi la consapevolezza (si potrebbe dire addirittura l' "auto-consapevolezza", la coscienza di sé) necessaria anche solo a ipotizzare la stesura di un Codice¹¹;
- 2) negli anni, le dimensioni del diritto amministrativo si sono progressivamente accresciute, fino a comprendere nuovi argomenti un tempo estranei alla riflessione giuridica (si pensi, solo per fare alcuni esempi, alle Autorità di garanzia e di vigilanza, ai servizi pubblici, al diritto dell'ambiente, etc.)¹². Delineare un Codice sostanziale significherebbe anche tentare di tracciare i confini di una disciplina in espansione e quanto mai penetrante nella vita quotidiana di ogni cittadino;
- 3) l'inaugurazione di un Codice amministrativo contribuirebbe - se ve ne fosse ancora bisogno - a ribadire l'insopprimibile autonomia e specialità della disciplina;
- 4) l'attività materiale di redazione del Codice costituirebbe un'occasione preziosa per riflettere ulteriormente sui principi della materia, sanare eventuali contraddittorietà tra i testi normativi vigenti, ridurre ciò che può essere ridotto (seguendo il precetto dell'eliminare «*il troppo e 'l vano*»)¹³;
- 5) il processo di codificazione non si tradurrebbe certo in un mero recepimento di principi ormai consolidati nella legislazione, nella giurisprudenza e nella dottrina ma consentirebbe anche di soffermarsi su innovazioni e trasformazioni

⁹ Paolo CAPPELLINI, «Il codice eterno. La Forma - Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità», in Paolo CAPPELLINI - Bernardo SORDI (a cura di), *op. cit.*, pag. 66. L'Autore sottolinea altresì che si sta affermando una nozione di codice non più europea, continentale, quanto importata dagli Stati Uniti: in effetti, è sufficiente interrogare un motore di ricerca su Internet per accedere in breve tempo a numerosi testi di (corposi) «*Administrative codes*» dei diversi Stati d'America.

¹⁰ Si legga l'indimenticabile saggio di Massimo Severo GIANNINI, «Profili storici della scienza del diritto amministrativo», in *Studi Sassaresi*, 1940, vol. XVIII, n. I-II e la successiva «Postilla 1973» apparsa in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, n. 2, pagg. 263-274; nonché la voce «Diritto amministrativo», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pagg. 855-871.

¹¹ Infatti, non è mancato chi ha ravvisato, non certo con specifico riferimento al diritto amministrativo, un «*rapporto di interdipendenza tra confusione legislativa e confusione scientifica*» (Vincenzo PIANO MORTARI, «Codice (storia)», in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, pag. 231).

¹² Cfr., da ultimo, Sabino CASSESE, «Lo stato presente del diritto amministrativo italiano», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, n. 2, pagg. 389-400; ID., «*Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*», *ivi*, 2009, n. 4, pagg. 879-902.

¹³ D'altra parte, «*ogni codificazione, non può non tradursi in una operazione drasticamente riduttiva*» (Paolo GROSSI, «Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro», in Paolo CAPPELLINI - Bernardo SORDI [a cura di], *op. cit.*, pag. 589).

eventualmente necessarie: lo spirito della codificazione, ove necessario, è anche «non coordinare, ma riformare»¹⁴, recepire la tradizione aggiornandola;

- 6) la mutevolezza, il cambiamento, non devono essere letti, di per sé, come sintomo di 'crisi'. Il Codice contemporaneo non aspira più ad essere completo e immutabile ma forse solo organico, accettando le possibili future modifiche e interpolazioni: nasce, cioè, senza pretendere monoliticità;
- 7) peraltro, proprio la previsione contenuta nell'art. 74 del Codice del processo amministrativo, secondo la quale la motivazione delle sentenze in forma semplificata può ora consistere in un sintetico riferimento ad un precedente conforme, legittima a confidare in una maggiore stabilità futura della disciplina.

Quanto appena accennato sembra addirittura prevalere su altre considerazioni - pure molto avvertite - relative ad esigenze di semplificazione (delle fonti, in questo caso, più che delle procedure e degli istituti): è infatti ovvio che la redazione di un Codice agevolerebbe la "fruibilità" della materia, per così dire, sia da parte del cittadino che degli operatori.

È altresì evidente che la stesura di un Codice di diritto sostanziale presupporrebbe, preliminarmente, talune scelte discrezionali (che sarebbe riduttivo definire di politica legislativa), soggettive, dipendenti anche dal contesto istituzionale, storico e culturale di riferimento e dal livello di avanzamento della riflessione giuridica, intendendosi per tale non solo la dottrina ma anche la giurisprudenza: ogni scelta relativa, quindi, a *cosa* includere in un Codice e all'*ordine* secondo il quale articolare il contenuto di un Codice è contingente, discutibile ed esposta a opinioni contrapposte.

In ogni caso, il Codice amministrativo dovrebbe essere un codice di principi (anche in ragione dell'ampia presenza di materie di potestà legislativa concorrente¹⁵ e del progressivo arretramento del ruolo dello Stato centrale, il cui intervento muta fisionomia), coerente con l'ordinamento europeo, assistito da clausola abrogativa espressa¹⁶ e a propria volta abrogativo delle leggi previgenti in esso trasfuse.

Il fantasioso indice che si sottopone al Lettore potrebbe essere strutturato in otto libri e, complessivamente, circa 2.400 articoli (a fronte dei 2.969 articoli del Codice civile), secondo il seguente schema:

Libro primo - I PRINCIPI E IL PROCEDIMENTO

(previsione: circa 350 articoli)

Principi, soggetti, funzioni

Fonti (*legge 400/1988 - 41 articoli*¹⁷)

Procedimento e provvedimento (*legge 241/1990 - 31 articoli*)

Documentazione (*d.P.R. 445/2000 - 90 articoli; d.lgs. 82/2005 - 92 articoli*)

¹⁴ Riccardo VIRIGLIO, *op. cit.*, pag. 151.

¹⁵ Sul tema, cfr. Paolo STELLA RICHTER, «I rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale», in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2008, n. 4, pagg. 402-415.

¹⁶ Pur nella consapevolezza della «vacuità» di simili clausole, giustamente messa in luce da Alfonso CELOTTO, «Il codice che non c'è: il diritto ambientale tra codificazione e semplificazione», 2009, in www.giustamm.it.

¹⁷ Nelle parentesi, sono indicati i principali testi legislativi vigenti di riferimento. Il computo degli articoli è meramente nominale e non tiene conto di eventuali articoli 'bis', 'ter' etc., introdotti da successive novelle.

Libro secondo - IL PUBBLICO IMPIEGO

(previsione: circa 150 articoli)

Pubblico impiego (*d.lgs. 165/2001 - 73 articoli; et al.*)

Libro terzo - ORDINAMENTO DEGLI ENTI LOCALI

(previsione: circa 350 articoli)

Enti locali (*d.lgs. 267/2000 - 275 articoli; et al.*)

Servizi pubblici

Libro quarto - I CONTRATTI PUBBLICI

(previsione: circa 250 articoli)

Contratti pubblici (*d.lgs. 163/2006 - 257 articoli*)

Libro quinto - TUTELA DELLA PERSONA

(previsione: circa 500 articoli)

Ordinamento sanitario (*d.lgs. 502/1992 - 20 articoli*)

Ordinamento scolastico e universitario (*varie*)

Pubblica sicurezza (*r.d. 773/1931 - 224 articoli*)

Libro sesto - TUTELA DEL TERRITORIO

(previsione: circa 400 articoli)

Espropriazione per pubblica utilità (*d.P.R. 327/2001 - 59 articoli*)

Edilizia e urbanistica (*d.P.R. 380/2001 - 138 articoli*)

Beni culturali e paesaggio (*d.lgs. 42/2004 - 184 articoli*)

Et al.

Libro settimo - TUTELA DEL MERCATO

(previsione: circa 200 articoli)

Autorità di garanzia e di vigilanza (*varie*)

Libro ottavo - SANZIONI E RICORSI AMMINISTRATIVI

(previsione: circa 200 articoli)

Sanzioni amministrative (*legge 689/1981 - 148 articoli*)

Ricorsi amministrativi (*d.P.R. 1199/1971 - 17 articoli*)

È piaciuto parlare di «*tutela*» (della persona, del territorio e del mercato) per mettere in risalto forse il principale significato del diritto amministrativo contemporaneo, strumento, appunto, di protezione e regolazione, non certo di imposizione autoritativa unilaterale.

Resterebbero, invece, estranee al Codice amministrativo, a guisa di "prese d'aria", e quindi da includere nel novero di quelle che vengono comunemente denominate «*Leggi complementari*», numerosissime altre discipline di settore, quali (a titolo di mero esempio): anagrafe e stato civile, legislazione elettorale, ambiente, codice della strada, commercio, energia, sicurezza sul lavoro, immigrazione, Corte dei conti, contabilità di Stato, responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, ordinamento tributario, ordinamento sportivo, etc. D'altra parte, «*la presenza di leggi speciali non fa venire meno la completezza del codice, perché tali leggi speciali sono eventuali, cioè*

possibili, e operano un'integrazione del codice che non è necessaria da un punto di vista logico, ma che deriva da una valutazione, operata dal legislatore»¹⁸.

Rodolfo Sacco ha scritto che le condizioni necessarie per un'autentica codificazione sono tre: un potere (*sic*) pronto a vincere le resistenze, un'opzione politica a favore di regole ampie e l'avvenuta elaborazione, da parte della dottrina, di tali regole d'insieme¹⁹. Se «*il valore sul quale si fonda oggi il codice non è più il fatto che esso è completo, ma il fatto che in esso è presente "un nucleo sistematico di concetti", cioè di principi giuridici*»²⁰, non si può negare che l'elaborazione di detti principi sia oggi patrimonio anche del diritto amministrativo.

21 ottobre 2010

Barbara Giuliani

¹⁸ Ugo PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002, pag. 72.

¹⁹ «Codice. II) Diritto comparato e straniero», in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, vol. VI, 1988, *ad vocem*, par. 1.2.

²⁰ Ugo PETRONIO, *ivi*, pag. 74, riprendendo il pensiero di Luigi Mengoni. In termini conformi, cfr. Paolo GROSSI, *op. cit.*, pag. 598: «*resta [...] per il Codice il ruolo di offrire una grande cornice*»; Stefano RODOTÀ, *op. cit.*, pag. 578: «*Dev'essere abbandonata la pretesa del codice come strumento che affida la sua "completezza" all'analiticità della disciplina. La sua caratteristica dovrebbe essere quella di un forte quadro di principi, con evidenti ricadute sulla tecnica di redazione*».