
Margherita Ramajoli

**A PROPOSITO DI CODIFICAZIONE E MODERNIZZAZIONE DEL
DIRITTO AMMINISTRATIVO**

In Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.2, 2016

Sommario: 1. La codificazione come ricerca di razionalità e la specialità del diritto amministrativo. — 2. La falsa partenza dell'Allegato E della legge 20 marzo 1865, n. 2248 e le deformazioni subite dalla legge 7 agosto 1990, n. 241. — 3. La modernizzazione come processo perenne.

1. Perché nel diritto amministrativo è mancata una codificazione? Questa assenza ha condizionato lo sviluppo del diritto amministrativo? È in corso un processo di modernizzazione del diritto amministrativo? Questi sono tre quesiti nevralgici per riflettere sul diritto amministrativo contemporaneo, ferme restando sia la difficoltà di intercettare le attuali linee di tendenza dell'esperienza giuridica, sia l'inevitabile, quasi arbitrario, soggettivismo che da sempre permea la scelta delle prospettive ordinanti (1).

In questo studio, nella prima parte, verrà considerata la codificazione come strumento di razionalità giuridica e di garanzia dei diritti individuali e si analizzeranno le possibili ragioni della specialità del diritto amministrativo che, a differenza degli altri rami del diritto, non ha mai conosciuto un fenomeno di codificazione; nella seconda parte ci si soffermerà sulla falsa partenza data dall'Allegato E della legge 20 marzo 1865, n. 2248, che si proponeva come la legge fondamentale di un ordinamento amministrativo improntato al principio dello Stato di diritto, ma che è rimasta priva del supporto essenziale della giurisprudenza e della dottrina nella sua fase di attuazione; successivamente saranno messe in luce le deformazioni subite nel corso del tempo dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, testo strategico, inteso a far penetrare, attraverso l'uso giurisprudenziale dei principi dalla medesima adottati, anche il punto di vista dei cittadini nella disciplina dell'azione amministrativa; infine, la riflessione si concluderà prendendo in

considerazione l'attuale cammino riformatorio che utilizza la tecnica normativa della c.d. codificazione a diritto costante, senza trascurare l'ambiguo contesto in cui tale cammino si colloca. Si tratta di una tecnica legislativa che caratterizza non solo i codici di diritto amministrativo speciale, non solo le esperienze normative delle autorità indipendenti, ma anche il progetto più ambizioso di riforma della pubblica amministrazione finora intentato, e cioè la legge 7 agosto 2015, n. 124.

Prendendo le mosse dalla codificazione, essa costituisce una creazione unica della cultura legale continentale centro-occidentale e ha rappresentato l'apice di una specifica ricerca di razionalità. Essa ha avuto come prime — nonché principali — manifestazioni il Codice prussiano del 1794, il Codice civile generale austriaco del 1811 e il francese *Code civil* del 1804, il quale a sua volta ha rappresentato il modello di codificazione per il diritto privato italiano nel 1865 (2).

L'idea moderna di codificazione è una reazione al particolarismo giuridico: prima del fenomeno codificatorio il diritto dei Paesi romanisti era caratterizzato da sovrabbondanza e frammentazione delle fonti e dei poteri. La situazione aderiva intimamente alle strutture politiche e sociali del particolarismo medievale ed era quindi in contrasto con i bisogni propri degli organismi politici dell'età moderna, volti alla costruzione di Stati accentrati e unitari. Per superare il particolarismo giuridico si concepì un sistema unitario, avente una fonte unica e intelleggibile, e fornito di norme facilmente accertabili (3).

Per codificazione si venne così a intendere la costruzione di un sistema di regole giuridiche vigente per tutta l'estensione geografica dell'area di unità politica (e quindi per tutto lo Stato), rivolto a tutti i sudditi o soggetti all'autorità politica statale, da questa autorità voluto e da questa autorità pubblicato, abrogante tutto il diritto previgente e non integrabile con materiale precedente, nonché destinato a lunga durata (4).

Il processo ottocentesco di codificazione è dunque processo politico, in quanto strumento di unificazione e di rafforzamento del potere nazionale e centrale. È legato all'ideologia razionalistica e illuministica e si salda intimamente con la concezione logico-formale del diritto che porta a identificare quest'ultimo con la sola manifestazione legislativa (5).

La codificazione nasce (anche) come una critica alle degenerazioni della giurisprudenza, troppo appiattita sulle peculiarità del caso concreto e tendente a variare le regole di decisione a seconda del soggetto presente in giudizio. La forma tecnica della codificazione ha la valenza di riduttore della complessità, è strumento di identità, avvolge gli istituti di una particolare robustezza ed è chiamata a esprimere i valori fondanti di una certa materia (6).

Essa presenta un ideale di completezza e di superamento del diritto preesistente, come emerge chiaramente dalle parole del Bentham: la codificazione è «abbastanza differente dalla ordinaria legislazione», in considerazione del fatto che, laddove essa venga in rilievo, «dell'intero campo della legge [...] una parte molto ampia [...] è destinata a ricevere una nuova copertura tutto in una volta» (7).

La codificazione abbraccia dunque un'intera area del diritto e non dovrebbe contenere lacune, raccogliendo tutte le norme rilevanti in una unica sede. Vero è, però, che nessuna codificazione ha mai soddisfatto pienamente questo ideale. È una leggenda il codice che si autoapplica, è un mito l'annichilimento del compito dei giuristi e l'eliminazione del ruolo interpretativo della giurisprudenza a seguito della codificazione. Il diritto codificato, da un lato, necessita delle decisioni delle corti, per potere dar vita a nuove regole, più dettagliate e meno generali di quelle legali, ma partecipi, per il resto, della stessa struttura delle regole legali; dall'altro, ha bisogno dell'opera della dottrina, intesa a sciogliere le inevitabili ambiguità del codice ed a non immobilizzare e sclerotizzare il dato normativo (8).

In ogni caso, però, a prescindere dal perdurante ruolo attivo che va riconosciuto a dottrina e giurisprudenza in costanza di una codificazione, il dato su cui ragionare riguarda il fatto che il diritto amministrativo, a differenza degli altri rami del diritto, non è passato attraverso un vero e proprio processo di codificazione.

Nella preistoria dei codici moderni (16-18 sec.) si era profilata l'idea di rifondere in un unico corpo tutto il diritto, pubblico e privato, come nel precedente illustre del *Corpus Juris* romano, che sembrava testimoniare il dipartirsi dei due rami da un unico tronco comune (9).

Tuttavia, fra le consolidazioni tardo settecentesche solo con l'ALR (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten) del 1794 era stata tentata una

compilazione unitaria di tutto il diritto vigente, comprensiva anche del diritto amministrativo (10).

La via moderna delle codificazioni ha poi preso la strada della separazione tra diritto pubblico e privato (11), sulla base di un'opzione scientifica condivisa sia dai giuristi francesi che prepararono il *code civil*, sia da quelli tedeschi che prepararono il *BGB*.

Ma se in alcuni Paesi, nel primo Ottocento, a lungo si discusse di una codificazione amministrativa (12) in Italia ciò non avvenne. Due le possibili ragioni.

Parte della dottrina non rifiutava *a priori* l'idea di una codificazione, ma, al contempo, lamentava lo sviluppo ancora insufficiente dello stesso diritto amministrativo. La codificazione appariva come un traguardo ideale o forse anche necessario dell'evoluzione degli istituti pubblicistici, ma i tempi erano giudicati non maturi. Essa pertanto era rinviata a un futuro incerto e, soprattutto, i giuristi si sottrassero dal porre la questione di quali avrebbero potuto essere i passi da compiere subito per prepararne la strada (13).

A quanto consta, l'unico autore italiano fautore della possibilità e dell'opportunità di una codificazione del diritto amministrativo è stato Broccoli, che negli anni Trenta del secolo scorso aveva cercato di dimostrare che «il complesso delle norme che costituisce la base, il nocciolo giuridico di qualsiasi attività della pubblica Amministrazione formando un tutto organico che si presuppone e si premette costantemente [...] sia perfettamente codificabile», suggerendo la necessità della redazione, per la parte generale del diritto amministrativo, di un vero e proprio codice, e, per la parte speciale, di testi unici organici e interdipendenti, «formanti un tutto sapientemente disciplinato e svolgentesi secondo un concetto unico informatore e dietro un unico filo conduttore», all'insegna della chiarezza e brevità (14).

Ma la posizione per lungo tempo dominante tra i pubblicisti era scettica e insofferente non tanto e non solo riguardo allo strumento codificatorio in sé e per sé considerato, ma più in generale riguardo alla legge. Si tendeva a considerare il diritto amministrativo ontologicamente insuscettibile di giuridicizzazione e quindi anche di codificazione. Come ebbe ad osservare Mantellini, «perocché siamo in

materia dove non si può sfuggire all'arbitrio [...] fra l'arbitrio dell'uomo e l'arbitrio della regola si rischia meno col primo che con il secondo [...] Questa dell'opportunità è legge, è criterio costante da seguire nell'amministrazione [...] Tanto la scienza, tanto l'arte di governo non si codificano» (15).

In questa prospettiva emerge(va) una pretesa indipendenza del diritto amministrativo nei confronti delle fonti scritte del diritto, la quale sottendeva la ben più ampia problematica dello Stato di diritto e del principio di legalità. L'affermazione dell'insufficienza della legge come mezzo e criterio per definire ogni rapporto giuridico è riconoscimento dell'autonomia dell'amministrazione dal potere legislativo ed espressione dell'esigenza di preservare l'elasticità della «zona grigia» del potere amministrativo (16).

Del resto, deve essere data rilevanza anche a un altro elemento che ha molto inciso sul dibattito e sulle concrete possibilità di codificazione del diritto amministrativo. Vi è una differenza fondamentale tra l'esperienza del diritto privato e quella del diritto amministrativo, che è dovuta all'abbondanza di norme scritte in quest'ultimo, con leggi che paiono simili alle grida manzoniane e con flussi di normazione di dettaglio. Nel momento in cui il diritto amministrativo pare avere raggiunto una maturità tale da porre il problema della sua codificazione, la quantità di norme scritte era già così cospicua da rendere impensabile una codificazione complessiva (17).

Sta di fatto che al diritto amministrativo è mancata la prospettiva codificatoria, nel senso che non vi è stato un chiaro e generale riconoscimento della necessità di mettere ordine integrale in una realtà fortemente irrazionale, essendo stato reputato preferibile all'arbitrio della regola l'arbitrio dell'uomo (18).

2. Quando nel 1865 lo Stato unitario recentemente formato si dotava di una codificazione in quasi tutte le branche del diritto, per il diritto amministrativo veniva promulgata la legge 20 marzo 1865, n. 2248. Se per il diritto civile l'epoca moderna è segnata dalla codificazione, nel diritto amministrativo si segue una strada diversa e parallela, mediante un lento processo di sottoposizione della pubblica amministrazione alla legge nelle sue varie accezioni (riserva di legge, legalità sostanziale, *rule of law*).

Ma si tratta di un percorso accidentato. La legge del 1865 perseguiva il fine di avviare il difficile processo di armonizzazione degli ordinamenti amministrativi pre-unitari, selezionando i settori di amministrazione che avrebbero dovuto fin da subito essere regolati da una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale.

La maggior parte dei testi normativi contenuti in tale legge di unificazione presentava carattere «speciale»: i vari Allegati alla legge si limitavano a regolamentare separatamente alcuni settori del diritto amministrativo (ordinamento comunale e provinciale, sicurezza pubblica, sanità, lavori pubblici) con un'operazione che non andava molto al di là dell'estensione territoriale di discipline già vigenti nel Regno piemontese (19).

A ciò faceva tuttavia eccezione la legge contenuta nell'Allegato E, sia per il carattere generale della materia regolata, sia per il contenuto radicalmente riformatore della disciplina introdotta.

L'Allegato E, infatti, aveva per oggetto la tutela dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione e si proponeva come la legge fondamentale di un ordinamento amministrativo improntato al principio dello Stato liberale di diritto.

Adottando il modello belga della giurisdizione unica, la legge del 1865 si ricollegava idealmente alla concezione anglosassone della *rule of law*, in base alla quale i diritti dei cittadini devono essere tutelati come tali anche nei confronti del potere pubblico, e si distaccava nettamente dal modello del diritto amministrativo francese, nel quale le garanzie dei cittadini venivano in secondo piano rispetto alle prerogative della pubblica amministrazione (20).

Il combinato disposto degli artt. 2, 4 e 5 dell'Allegato E era portatore di un'idea del diritto amministrativo come strumento di garanzia dei privati contro l'arbitrio del potere pubblico, nel quale le situazioni soggettive dei singoli assumevano un ruolo preponderante. Impostazione che non si armonizzava affatto con l'idea del diritto amministrativo come strumento di azione della pubblica amministrazione unicamente rivolto ad assicurare la prevalenza dell'interesse pubblico su quello dei singoli, cui rimanevano ancorati gli altri corpi normativi contenuti nella legge del 1865 e alla quale avrebbe continuato a rimanere fedele tutta la legislazione amministrativa post-unitaria.

La divaricazione di prospettiva tra il corpo della legislazione amministrativa speciale e l'impostazione adottata dalle norme sulla tutela dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione risultava accentuata dal fatto che l'Allegato E non si limitava a prevedere una tutela dei diritti lesi dall'esercizio del potere amministrativo, ma introduceva l'impostazione garantistica anche là dove non fossero stati configurabili dei diritti preesistenti all'esercizio del potere stesso.

L'art. 3 delineava infatti, per le ipotesi in cui i singoli non fossero stati titolari di diritti nei confronti dell'amministrazione, un procedimento amministrativo garantista, arricchito di strumenti di assicurazione di un contraddittorio pieno e di istituti di riesame e di revisione. La norma avrebbe potuto svolgere una funzione fondamentale nell'evoluzione del diritto amministrativo, «fino a coprire il fianco» dell'opera del giudice ordinario e a rendere addirittura non impellente l'apprestamento di altri mezzi di tutela giurisdizionale, dal momento che una figura di procedimento a struttura contenziosa è già idonea a costituire una seria garanzia di tutela per il cittadino (21).

Nel complesso l'Allegato E conteneva quantomeno il codice genetico per lo sviluppo futuro di una parte generale del diritto amministrativo ordinata secondo il punto di vista della garanzia dei singoli nei confronti dell'arbitrio del potere amministrativo.

Com'è noto, tuttavia, la legge del 1865 ha costituito una falsa partenza per il diritto amministrativo, essendo rimasta priva del supporto essenziale della giurisprudenza e della dottrina nella sua fase di attuazione.

Attraverso la distinzione tra atti d'impero e atti di gestione e la conseguente negazione del potere del giudice ordinario di conoscere in via principale della conformità alla legge dell'atto d'impero lesivo di un diritto, la giurisprudenza ha bloccato il sentiero di sviluppo verso un principio dello Stato di diritto analogo alla *rule of law*, cui idealmente aspirava l'art. 2 della legge, reindirizzando il sistema verso il modello del *droit administratif*, basato sul principio per cui non si possono vantare diritti nei confronti del potere amministrativo (22).

In mancanza di una chiara indicazione circa gli orientamenti di fondo, le norme

della legge del 1865 hanno finito per apparire come pure e semplici norme processuali, le quali «non comportano alcuna *automatica presupposizione* di norme sostanziali». Le norme sostanziali, «essendo in bianco, potevano esser scritte se non proprio a volontà [...] quantomeno con una pluralità di soluzioni». Di fronte ad un legislatore che «non aveva posto nulla, anzi aveva solo posto delle norme processuali ambigue», è stata dunque la giurisprudenza a riconoscere il principio di imperatività e ad equiparare provvedimento legittimo e provvedimento illegittimo quanto agli effetti, con una vera e propria «costruzione normativa» (23).

L'esito della legge del 1865 è stato dunque paradossale. Il punto di partenza nello sviluppo del diritto amministrativo non sono stati i diritti, ma è stato l'atto amministrativo e all'elaborazione dei principi del diritto amministrativo si è posto non il giudice comune, quale garante dello Stato di diritto, bensì il giudice speciale creato, con la legge Crispi del 1889, per essere il garante della legalità dell'azione amministrativa.

Dal fallimento della legge del 1865 è nato non soltanto un «parasistema» di giustizia amministrativa, che «perde la propria logica in vari suoi giunti, divenendo incoerente», ma anche il punto di vista ordinante sulla cui base la giurisprudenza amministrativa, successivamente alla legge del 1889, si è posta «a creare il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo» (24).

Molto importante, in questo contesto, è stata anche la sorte dell'art. 3 dell'Allegato E della legge del 1865. Come si è visto, pure l'art. 3 indicava una possibile direzione di sviluppo del diritto amministrativo improntata all'esigenza di garanzia dei singoli nei confronti dell'uso arbitrario del potere amministrativo. Ma così come per i diritti il sentiero della *rule of law* non fu seguito, anche per gli interessi che non erano diritti non fu seguita la strada dell'amministrazione giustiziale. L'art. 3 fu interpretato come contenente unicamente l'enunciazione di principi programmatici che specifiche leggi successive avrebbero dovuto tradurre in norme cogenti e rimase così lettera morta in relazione a tutti e quattro gli aspetti da esso toccati (contraddittorio, intervento di organi consultivi, motivazione della decisione amministrativa, ricorsi amministrativi).

La conseguenza è stata quella di «disimpegnare» completamente l'amministrazione dal dovere di riprodurre o attuare nei procedimenti amministrativi

i principi dello Stato di diritto. L'effetto negativo di questo passo falso iniziale è stato duraturo e profondo, se si pensa a quanto tempo e a quanto sforzo da parte della dottrina ci siano voluti per introdurre una dimensione garantista nel procedimento amministrativo e a quanta poca presa in giurisprudenza abbiano avuto i principi della legge n. 241/1990 che più direttamente si ricollegano all'art. 3 della legge del 1865 (25).

L'altra tappa normativa fondamentale in tema di codificazione e modernizzazione è costituita appunto dalla legge n. 241/1990, senza però dimenticare che tra il 1865 e il 1990 sono emersi significativi tentativi intesi a dare ordine e razionalità alla disciplina di diritto amministrativo. Questi tentativi si sono manifestati essenzialmente a livello di dibattito scientifico, ma sono da segnalare pure talune esperienze pratiche, come l'inventario delle funzioni amministrative compiuto in occasione del conferimento di compiti alle autonomie territoriali dapprima con il d.P.R. n. 616/1977 e poi con il d.lg. n. 112/1998, oppure le raccolte giurisprudenziali contenute nelle relazioni periodiche del Consiglio di Stato.

Da parte sua, la dottrina ha prodotto decenni di riflessione critica intorno alla teoria tradizionale dell'atto amministrativo e al carattere meramente strumentale dell'interesse legittimo ed essa ha accompagnato a una *pars destruens* anche una *pars construens*, grazie alla valorizzazione dei principi costituzionali di garanzia dei privati e del procedimento amministrativo come sede di emersione degli interessi in gioco e strumento essenziale di tutela del privato nei confronti dell'arbitrio del potere amministrativo (26).

La legge n. 241/1990 è prodotto normativo di questa concezione dottrinale e nel suo impianto originario, dovuto alla Commissione Nigro, si poneva come testo strategico, inteso a far penetrare, attraverso l'uso giurisprudenziale dei principi dalla medesima adottati, anche il punto di vista dei cittadini nella disciplina dell'azione amministrativa, senza avere l'ambizione di dettare una disciplina conclusa e autosufficiente.

Negli anni Ottanta del secolo scorso la Commissione Nigro scelse consapevolmente di non riprendere i precedenti vari tentativi di codificazione delle norme amministrative in leggi generali (sulla pubblica amministrazione, sullo stato giuridico ed economico degli impiegati, sulle regioni, sulla giurisdizione

amministrativa) formulati a partire dagli anni Quaranta (27).

La nuova legge avrebbe dovuto invece limitarsi a dettare alcuni principi relativi al procedimento amministrativo, con l'intento precipuo di offrire uno spunto evolutivo alle tendenze giurisprudenziali già in atto verso un aumento delle garanzie dei singoli rispetto all'esercizio del potere amministrativo (28).

La scelta di non proporre una legge generale dell'azione amministrativa scaturiva dallo spirito profondamente antisistemico e antiformalista affermatosi nella dottrina pubblicistica successiva alla Costituzione. Si potrebbe anzi forse dire che la legge n. 241 sia stata il frutto di un vero e proprio sospetto per la costruzione sistematica e codicistica, al quale si ricollegava intimamente la fiducia nel diritto giurisprudenziale cui la proposta della Commissione Nigro era ispirata (29).

Se l'allegato E della legge del 1865 ha costituito una falsa partenza, la legge n. 241/1990 ha di contro subito un processo d'involuzione.

Da un lato, la giurisprudenza ha spesso interpretato la legge n. 241/1990 in modo tale da lasciare cadere nel nulla le norme più significative in essa contenute, come sta a dimostrare, tra l'altro, l'ingente giurisprudenza sulla comunicazione d'avvio del procedimento.

Dall'altro, la dottrina ha trasformato la legge n. 241/1990 in un mito, non ha esercitato su di essa un sufficiente magistero critico e non è stata in grado di trasformare in sistema la contraddittoria casistica pretoria (30).

Da ultimo, l'attuale conformazione assunta dalla legge n. 241/1990 — a seguito delle pressoché annuali modifiche apportate dalle leggi n. 340/2000, n. 15/2005, n. 80/2005, n. 69/2009, n. 180/2011, n. 35/2012, n. 134/2012, n. 190/2012, n. 98/2013, n. 124/2015 — è il risultato di un costante processo di riscrittura che ha impedito la creazione di uno vero e proprio statuto del cittadino nei riguardi della pubblica amministrazione e che non riesce neppure a soddisfare una basilare esigenza di certezza della disciplina vigente (31).

3. La codificazione del diritto civile come intesa dagli illuministi e da Napoleone non esiste più in nessun ordinamento giuridico. Il declino della struttura storico

giuridica codicistica è stata descritta con un'espressione, coniata da Irti, che ha avuto molta fortuna: la «decodificazione», intesa come un movimento legislativo che svuota mano a mano il codice, affida cospicue materie a sedi esterne ad esso e, al contempo, esprime nuovi criteri di disciplina (32).

Molteplici sono le ragioni del tramonto della codificazione in senso forte. In primo luogo la dimensione europea e globale del diritto genera cambiamenti di rilievo: lo Stato non è più l'unico produttore del diritto e la legge non è più l'unica fonte dotata del crisma della giuridicità. Ma occorre avere riguardo anche alla degenerazione che ha subito nel corso del tempo la forma-codice, con un eccesso di formalismo, astrazione e di pretesa di fissità del sistema (33).

In questo contesto generale di abbandono della forma idealtipica codificatoria la legislazione amministrativa sta sperimentando la tecnica della codificazione «a diritto costante». L'ispirazione proviene dalla Francia, che in tempi relativamente recenti ha adottato un modello di «codificazione parziale» o *à droit constant*(34).

Nel nostro ordinamento il processo è stato inaugurato dall'art. 20, comma 11, della legge n. 59/1997 e dall'art. 7 della legge n. 50/1999, che hanno disposto l'emanazione di numerosi testi unici misti, è poi proseguito con l'art. 1 della legge n. 229/2003, che ha delegato il Governo a emanare decreti di riassetto normativo in importanti settori di diritto amministrativo, per poi continuare ai giorni nostri (si pensi, da ultimo, al nuovo codice dei contratti pubblici, adottato con d.lg. n. 50/2016) (35).

La logica della codificazione a diritto costante ha prodotto come risultato concreto anzitutto numerosi codici di diritto amministrativo speciale. Essi danno vita a micro-sistemi legislativi (codice dell'ambiente, dei beni culturali, sulle espropriazioni per pubblica utilità, dell'amministrazione digitale, dei contratti pubblici, sulla trasparenza e così via) che si collocano agli antipodi dell'idea regolativa del codice in senso tradizionale (36).

La codificazione a diritto costante compartecipa alla stessa logica di frammentazione del sistema che pervade l'ordinamento odierno ed è contestuale al tramonto dell'ordine codicistico classico, laddove sperimentato. Gli attuali codici settoriali, al pari delle consolidazioni, rispondono essenzialmente a esigenze

pratiche di conoscenza, riordino, semplificazione. Essi si basano su equilibri del tutto provvisori e criteri di settore, che è proprio ciò che la forma idealtipica di codice intendeva combattere. Non aspirano alla stabilità, bensì all'aggiornamento, subendo centinaia di modifiche, non sempre d'agevole ricostruzione (37).

Si parla di codificazione dinamica come di una «attività parallela a quella normativa o come modo di ordinare la funzione normativa», come di «un fatto dinamico e continuo, non episodico», che «richiede un'attività di manutenzione», in quanto «non è un'operazione normativa, circoscritta nel tempo, ma un modo di legiferare» (38).

È possibile notare una certa qual assonanza, che qui non può però essere approfondita, tra questo particolare modo di esercizio della funzione legislativa e il tipico modo di esercizio della funzione di regolazione, anch'essa caratterizzata dal concepire la produzione normativa come disciplina procedente per via di assestamenti successivi, stante l'intrinseca esigenza di frequente aggiornamento (39).

La tecnica legislativa a diritto costante è propria non solo degli appena menzionati codici di diritto amministrativo speciale, ma anche del progetto più ambizioso di riforma della pubblica amministrazione finora intentato.

Infatti il complesso normativo formato dalla legge n. 124 del 2015 (c.d. legge Madia) e dai relativi decreti legislativi delegati non introduce nuove discipline, non opera una nuova radicale e sostanziale riforma al pari di un codice d'impronta illuministica, ma prevede la revisione, la correzione, il miglioramento di alcune discipline esistenti (cittadinanza digitale, istituti di semplificazione, autotutela, trasparenza amministrativa, riassetto dell'amministrazione statale, enti pubblici, camere di commercio, rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, dirigenza pubblica, società partecipate, servizi pubblici locali).

La legge n. 124 del 2015 s'erge a tappa di un ampio percorso di riforma, o, in altri termini, la riforma è concepita come un processo permanente. La legge, incidendo su discipline ampie e complesse, fa largo ricorso alla delega legislativa e realizza così una riforma a due velocità, introducendo alcune disposizioni direttamente applicabili e altre che contengono principi e criteri direttivi per futuri decreti

legislativi delegati. Ma sia le disposizioni contenute nella legge sia i futuri decreti delegati mirano non tanto alla creazione, quanto piuttosto alla «manutenzione» del diritto positivo. Essi sono volti a correggere i difetti di precedenti normative, oppure a riordinare o anche a delegificare la disciplina preesistente, in una sorta di *continuum* normativo (40).

La storia moderna del diritto amministrativo è soprattutto storia di riforme, anche solo annunciate o appena iniziate. Appartiene infatti alla fisiologia di un ordinamento giuridico la necessità che le amministrazioni, vuoi nei loro modelli organizzativi, vuoi nell'uso dei loro strumenti di azione, si trasformino con il cambiare dello Stato e della società. Il cammino riformatorio è inteso ad adeguare l'apparato amministrativo e l'azione della pubblica amministrazione alle esigenze della modernità.

Invero esiste notevole incertezza attorno ai concetti di moderno, modernità, modernizzazione e modernismo, che ha raggiunto il culmine negli ultimi decenni, in cui la nozione di moderno è arrivata a includere tutti questi concetti correlati e a confondersi con essi. Va tuttavia comunque chiarito che modernità e modernizzazione non sono da intendere come sinonimi, perché vi è una differenza concettuale tra i due termini. Più precisamente con modernizzazione deve intendersi il percorso — sociale, economico, politico, psicologico, culturale e quindi anche giuridico — da seguire per acquisire le caratteristiche della modernità, o, in altri termini, con modernizzazione deve intendersi il processo di mutamento su larga scala che avvicina una determinata società ai connotati considerati propri della modernità (41).

La tensione verso la modernità — e cioè la modernizzazione — è particolarmente evidente nella legge n. 124/2015, che è stata espressamente presentata dal Governo come strumento di modernizzazione e di rafforzamento della competitività del Paese, così come richiesto da un'economia globalizzata e dall'impalcatura giuridica dell'Unione europea (42).

Ma, a ben vedere, anche in innumerevoli altre occasioni il legislatore, pur senza utilizzare esplicitamente l'espressione «riforma della pubblica amministrazione», ha cercato di concretizzare la sua aspirazione alla modernizzazione. Tuttavia quest'obiettivo non è stato raggiunto e ciò a causa di una molteplicità di fattori,

ampiamente evidenziati e indagati dalla dottrina, non solo giuridica (43).

Nel particolare contesto qui in rilievo merita di essere evidenziata una serie di contraddizioni che ha contribuito al fallimento del progetto di modernizzazione. Per cogliere l'essenza del fenomeno è sufficiente fornire alcune esemplificazioni: si parla di tramonto dell'unilateralità del potere amministrativo, ma, da un lato, gli strumenti consensuali di esercizio del potere pubblico (gli accordi tra pubblica amministrazione e privati previsti dall'art. 11 della legge n. 241/1990) non sono affatto utilizzati, dall'altro, i modelli ad esercizio solo eventuale del potere (la segnazionale certificata d'inizio attività di cui all'art. 19 della legge n. 241/1990) generano innumerevoli problemi che rendono più tranquillizzante per il privato ricorrere al tradizionale modello provvedimentale espresso; il legislatore cerca di controbilanciare una tendenziale diminuzione di legalità sostanziale con la cosiddetta legalità procedurale, ma lo stesso legislatore emana poi una norma come l'art. 21 *octies*, in base alla quale la violazione delle norme procedurali non sempre conduce all'annullabilità dell'atto terminale; l'ordinamento s'ingegna di accrescere il catalogo degli strumenti giuridici a tutela del singolo contro il silenzio della pubblica amministrazione, ma manca una chiara cesura tra procedimento e processo amministrativo, in quanto il primo non si esaurisce mai ed è sempre in grado di sovrapporsi al secondo, doppiandolo e rendendolo inutile.

Sullo sfondo vi è il dilemma irrisolto del diritto amministrativo, con il quale deve sempre fare i conti qualsiasi tentativo di normazione e ciò quale che sia la tecnica legislativa prescelta (anarchia legislativa, oppure legislazione per principi generali o ancora codificazione a diritto costante).

Ineliminabile nella struttura del diritto amministrativo è la duplicità di punti di vista ordinanti: la prospettiva dell'interesse pubblico istituzionalmente perseguito dall'amministrazione come interesse qualitativamente superiore agli interessi dei singoli e la prospettiva dello Stato di diritto che impone la garanzia degli interessi dei singoli in quanto tali, anche di fronte all'interesse pubblico (44).

Note:

(*) Sono grata a Sabino Cassese e Bernardo G. Mattarella per i commenti a una precedente versione di questo scritto.

(1) In questo caso con una analisi che verte, in sostanza, non tanto sul diritto amministrativo, quanto piuttosto sulla legislazione che lo riguarda.

(2) Si cfr. P. Caroni, *Saggi sulla storia delle codificazioni*, Milano, Giuffrè, 1998; R. Cabrillac, *Les codifications*, Paris, Puf, 2002, 56 ss.; va osservato che se è vero che il BGB del 1900 era molto diverso dalle codificazioni dell'età della ragione, in quanto incorporò la tradizione pandettistica del diciannovesimo secolo, al tempo stesso comunque anche le prime codificazioni mostrarono considerevoli differenze tra loro: basti confrontare «lo stile elastico del Code civil, animato dall'ideale di uguaglianza e libertà tra i cittadini» con il «tono premuroso e paterno del Codice austriaco» o con «la casistica prolissa del Codice prussiano»; sul punto, si cfr. R. Zimmermann, *L'esperienza civile riconsiderata alla vigilia di un diritto comune europeo della vendita*, consultabile su www.unisob.na.it.

(3) La consapevolezza illuministica degli inconvenienti del particolarismo e la battaglia, anch'essa illuministica, per un diritto certo e comprensibile hanno portato alla codificazione quale si realizzò in Europa alla fine del Settecento e all'inizio dell'Ottocento e cioè alla codificazione borghese; si cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, 24 ss.; Id., voce *Codificazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. dir. civ., 1993, 465 ss., 467.

(4) Ancora G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 1 ss., nonché P. Grossi, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002, 579 ss.; C.A. Cannata e A. Gambaro, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, Torino, Giappichelli, 1984, 213; N. Irti, *L'età della decodificazione*⁴, Milano, Giuffrè, 1999, 17 e 23, che parla di significato «costituzionale» dei codici civili, nel senso che essi raccolgono e fissano la filosofia della rivoluzione borghese, sottolineando come le varie forme di codificazione siano caratterizzate da storicità e siano legate a particolari ideologie e posizioni della scienza giuridica.

(5) La codificazione è prodotto e mezzo dell'assolutismo giuridico, «primo anello di una catena nuova, quella della mistica legislativa»; così P. Grossi, *Codici: qualche conclusione*, cit., 580 ss.; in tema si cfr. altresì Id., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007; B.G. Mattarella, *La codificazione del diritto: riflessioni sull'esperienza francese contemporanea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 1035 ss., spec. 1039 ss.; osserva S. Cassese, *Recensione a Paolo Grossi, L'Europa del diritto*, ivi, 2008, 873 ss., 876, che «la riduzione del diritto a legge, la nascita del legalismo, e la legolatria», usate male, hanno prodotto involuzioni autoritarie e

totalitarie, ma c'è comunque «una componente del legalismo che non va sottovalutata, perché è stata strumento di eguaglianza e democrazia». Sulle ideologie della codificazione si cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 36, 154; Id., voce *Codice*, I) *Teoria generale*, in *Enc. giur.*, 1988, VI, 2 ss.; R. Sacco, voce *Codice*, II) *Diritto comparato e straniero*, ivi, 1-2.

(6) G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 29; P. Cappellini, *Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., 11 ss., 21 ss., che cita a tal riguardo T. Viehweg, *Topica e giurisprudenza*, 1953, trad. it., Milano, Giuffrè, 1962, 9-12 e 32 ss.

(7) J. Bentham, *Papers relative to Codification and Public Instruction*, citato da J. Bowring (a cura di), *The Works of Jeremy Bentham*, IV, Edinburgh, William Tait, 1843, 518.

(8) Come riporta F. Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1899, I, 99, già Portalis, nel suo discorso preliminare sul codice civile francese, criticava il dogma della completezza, rivendicando la funzione della giurisprudenza nell'applicazione e nell'andamento del codice. Sul fatto che il BGB sia un pullulare di clausole generali, di «squarci aperti per il giudice verso il mondo dei fatti», come del resto l'art. 3 disp. prel. al primo Codice civile unitario italiano del 1865, che richiama i «principi generali del diritto», nonché l'art. 12 delle disp. prel. dell'attuale codice civile, si cfr. P. Grossi, *Codici*, cit., 587-589. Secondo C.A. Cannata e A. Gambaro, *Lineamenti*, cit., 156, 158, gli interpreti del codice furono tutt'altro che esegeti, però svolsero il loro compito di tecnocrati molto abili nel modo meno appariscente possibile, accreditando a lungo il falso mito che la codificazione fosse autosufficiente.

(9) P. Ungari, *Per la storia dell'idea di codice*, in *Quaderni fiorentini*, 1972, 207 ss., 208.

(10) Sull'ALR, rimasto in vigore fino alla sua abrogazione per l'introduzione del BGB nel 1900, si vedano C.A. Cannata e A. Gambaro, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, cit., 148-149.

(11) Anche se si deve ricordare che l'idea della codificazione del diritto pubblico è comunque sopravvissuta al panprivatismo ottocentesco, trovando modo di esprimersi nelle carte costituzionali del Novecento. Si cfr. sul punto P. Ungari, op. loc. cit.

(12) Si veda il dibattito francese ricostruito da A. Sandulli, *Verso la codificazione della disciplina dell'azione amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 686 ss., con ampi riferimenti.

(13) Così G. Manna, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1839-1842, II, 53, sosteneva che «una legislazione ridotta in codice dimostra una intelligenza e coscienza massimamente esplicita, dimostra uno spirito già compreso e dominato dall'unità assoluta e eterna del giusto e del vero, e però un codice non suole apparire se non dopo lunghe disputazioni scientifiche delle scuole e dopo un forte e vivace ordinamento dello Stato». Parimenti L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*³, Torino, Fratelli Bocca, 1892, 21, non negava a priori la possibilità di una codificazione, ma constatava che il diritto amministrativo «non ha ancora raggiunto quel grado di maturità e di svolgimento che è necessario o per tentare una codificazione o per dimostrarla impossibile».

(14) G.L. Broccoli, *La codificazione del diritto amministrativo. Giustificazione teorica e delineazione concreta*, Napoli, Jovene, 1933, 5 ss., spec. 18.

(15) G. Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, G. Barbera, 1882, vol. III, 328-330. Si cfr. altresì la posizione espressa da G. Rocco, *Corso di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1850, I, 37 ss., il quale si dichiarava contrario a un codice di diritto amministrativo, pur evidenziando l'eterogeneità delle leggi amministrative vigenti nelle due parti, continentale e siciliana, del Regno.

(16) Questi motivi assunsero una valenza programmatica con la presa di posizione metodologica di Orlando, secondo il quale il diritto pubblico non era possibile oggetto di codificazione non solo per la sua poca elaborazione, ma soprattutto perché «l'indole» dei rapporti di diritto pubblico «non si presta, non che ad una codificazione, spesso nemmeno ad una dichiarazione legislativa» (V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, (1889), in *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1940, 3 ss., 18). È la stessa materia che «si rifiuta di essere disciplinata in forma di criteri normativi o regole assolute», di essa è ammesso solo uno studio istituzionale, come si sviluppa nella incoercibile spontaneità propria di ogni fenomeno naturale (Id., *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, Cedam, 1940, 8, 11). Si viene così a riecheggiare la posizione anticodificatoria formulata da Savigny. Infatti determinante fu sul pensiero di Orlando l'influenza di Savigny e della concezione del diritto della scuola storica, cui dichiarava di appartenere, e la dialettica in essa emergente tra legge e diritto; sul

legame tra la scuola siciliana di Orlando, da un lato, e la pandettistica e la dogmatica con la loro origine giusnaturalistica dall'altro, che valorizzano l'idea «di nesso organico del diritto per la sua provenienza dallo spirito del popolo (Puchta) o di coerenza dei corpi (Jhering)», si cfr. S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971, 188. Le ragioni dell'ostilità manifestata da Savigny nei riguardi della codificazione sono molteplici e non è questa la sede per indagarle. Ai presenti fini conta soprattutto porre l'accento sul fatto che per Savigny la compilazione di un codice recasse in sé un grave pericolo, consistente nel fissare inevitabilmente lo stato attuale del pensiero giuridico «sottratto alla naturale epurazione ed al raffinamento mediante il progressivo svolgimento scientifico» (F.C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. di V. Scaloja, I, Torino, Utet, 1886, 70). Si cfr., su questo aspetto del pensiero di Savigny, V.E. Orlando, *Ancora del metodo*, cit., 10. Si vedano altresì, sempre di F.C. Savigny, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, trad. it., Verona, Minerva, 1857, 110 ss.; nonché C. Castronovo, *Savigny i moderni e la codificazione europea*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 226-227. Invero il rifiuto della codificazione da parte di Savigny e della scuola storica poggiava al contempo su ragioni scientifiche e su motivi politici e nazionalistici; si cfr. F. Viola e M. Urso, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino, Giappichelli, 1989, 92 ss.; C.A. Cannata e A. Gambaro, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, cit., 203-204. Le ragioni dell'atteggiamento anticodificatorio di Savigny sono state ampiamente indagate da P. Caroni, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini*, 1980, 69 ss.

(17) Con la conseguenza che si è poi ripiegato su codificazioni «parziali» o «settoriali» (sulle quali si cfr. infra, parr. 2 e 3). Pertanto, nel diritto amministrativo la codificazione, se è stata importante in ordine al rapporto tra diritto scritto e giurisprudenza, lo è stata meno in ordine al rapporto tra norme scritte generali e norme scritte speciali.

(18) Sull'assenza della costruzione di una parte generale del diritto amministrativo, cfr., se si vuole, M. Ramajoli, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss.

(19) Sul complessivo ruolo assolto dalla legislazione del 1865 si cfr. M.S. Giannini, *Problemi delle amministrazioni delle regioni insufficientemente sviluppate*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 552 ss.; F. Benvenuti, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, Vicenza, 1969, 67 ss., ora anche in *Scritti di Feliciano Benvenuti*, Milano, Giuffrè, 2008, 2733 ss., 2737-3738, 2740; e, da ultimo, 150°

dell'unificazione amministrativa italiana (legge 20 marzo 1865, n. 2248), numero monografico di Storia Amministrazione Costituzione, Bologna, il Mulino, 2015.

(20) M. Taruffo, Il giudice e la "Rule of Law", in Riv. trim. dir. proc. civ., 1999, 931 ss.; L. Moccia, Modelli di tutela dei privati verso le pubbliche amministrazioni nella comparazione "civil law-common law": l'esperienza inglese, ivi, 1999, 1021 ss.; si tenga comunque presente che anche la rule of law, da sola, «in concreto finisce per non assicurare pienezza di tutela ai singoli», come risulta dall'analisi di M.P. Chiti, La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli «altri», in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2006, 487 ss.

(21) «Compensando con una costruzione contenziosa o giudiziale del procedimento, la mancanza per questi "affari", di una sede giurisdizionale di sindacato» (M. Nigro, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione. Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo, in L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza, Napoli, ed. Formez, 1981, 21 ss., 25).

(22) Sul punto M. Nigro, Giustizia amministrativa³, Bologna, il Mulino, 1983, 86 ss.

(23) Secondo M.S. Giannini, Discorso generale sulla giustizia amministrativa, in Riv. dir. proc., 1963, 522 ss., 533-536, la giurisprudenza, «non potendo fare a meno delle norme sostanziali per poter decidere sulle controversie che le erano presentate, si trovò quindi in grande imbarazzo, anche perché la dottrina non le offriva nulla di praticamente serio. Senza consapevolezza, anzi con concetti sovente fuori sesto, essa ritenne che il provvedimento amministrativo fosse imperativo». Con il che fu la giurisprudenza «a creare il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo [...] perché il legislatore non si è mai occupato di fissarle». Prosegue l'autore (op.cit., 1964, 227) affermando che «è sempre cosa assai grave» che i giudici si sostituiscano al legislatore, «poiché attraverso i giudici si affermano forze politiche al di fuori della strada naturale degli organi costituzionali, e quindi al di fuori dei controlli costituzionali che ciascuna forza politica esercita sulle altre». Sulle conseguenze delle scelte o mancate scelte compiute con la legislazione del 1865 si cfr. L. Mannori e B. Sordi, Storia del diritto amministrativo, Roma-Bari, Laterza, 2001, 330 ss.

(24) Entrambe le citazioni sono tratte da M.S. Giannini, Discorso, cit., rispettivamente, 250 e 536.

(25) In tema si cfr. F. Benvenuti, Mito, cit., 2855 e M. Nigro, Procedimento amministrativo, cit., 25-26; Id., Giustizia amministrativa, cit., 69, secondo cui le

disposizioni dell'art. 3 «erano superiori al livello dell'amministrazione dell'epoca e diciamo pure di tutta la società italiana».

(26) Per quanto attiene alle trasformazioni della figura dell'interesse legittimo si cfr. A. Travi, Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo, in Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig, Napoli, Jovene, 2014, 11 ss., mentre per quanto riguarda il ruolo nevralgico attribuito al procedimento amministrativo cfr., se si vuole, M. Ramajoli, Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo, in Dir. proc. amm., 2010, 459 ss.

(27) Ci si riferisce al progetto elaborato dalla Commissione Forti per la riforma della pubblica amministrazione del 1944. Da tempo infatti U. Forti, Diritto amministrativo², Napoli, Jovene, 1931, I, 99, si era espresso a favore di «qualche cosa di simile ad una codificazione» in materia amministrativa. Il progetto Forti venne poi rielaborato e aggiornato da Lucifredi, presentato alle Camere in numerose legislature, ma non fu mai tradotto in legge; su queste vicende cfr. S. Cassese, Cultura e politica del diritto amministrativo, cit., 82 ss.; G. Pastori (a cura di), La procedura amministrativa, Vicenza, 1964; P. Calandra, Il tentativo del legislatore italiano per una legge generale sul procedimento amministrativo, in L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza, cit., 81 ss.; G. Morbidelli, Il procedimento amministrativo, in Diritto amministrativo, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, Bologna, il Mulino, 2005, 549 ss.

(28) In questo senso si cfr. M. Nigro, Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge), in Dir. proc. amm., 1989, 1 ss., spec. 13 ss., 15 ss.; Id., Procedimento amministrativo, cit., 52-53.

(29) Fiducia che si può dire costituisca la cifra dell'intera riflessione di Mario Nigro e che si trova programmaticamente esposta nella prefazione alla Giustizia amministrativa, cit., 1-12.

(30) In questo senso B. Tonoletti, La comunicazione di avvio del procedimento nella interpretatio giurisprudenziale (la questione degli atti vincolati e dichiarativi), e G. Pastori, Considerazioni conclusive, entrambi in La legge n. 241 del 1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore, a cura di G. Arena, C. Marzuoli, E. Rozo Acuña, Napoli, Esi, 2001, rispettivamente 329 ss. e 385 ss.

(31) Si cfr., se si vuole, R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, 505 ss., 515 ss.

(32) N. Irti, *L'età della decodificazione*, cit., 17-20, 38 ss., a detta del quale, se i codici civili erano i codici del civis come uomo intero e libero posto davanti allo Stato, esprimevano la pretesa alla totalità, ora la figura integrale del civis cede all'individuo frazionato. Anche quando si è deciso formalmente di rispettare la centralità del codice, come, ad esempio, nel caso in cui sono stati inseriti nel codice civile gli articoli che hanno recepito la direttiva comunitaria in materia di clausole abusive (dall'art. 1469-bis all'art. 1469-sexies), il codice stesso è stato ritenuto alla stregua di un mero contenitore. Il sistema introdotto dal codice non è stato rispettato, ma sono stati aggiunti senza particolare consapevolezza i nuovi articoli tra quelli ritenuti più vicini in base alla materia disciplinata; così, in senso critico, S. Patti, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, Giuffrè, 2007, 176. In Germania invece vi è stato un processo di ri-codificazione dovuto al mutare dei valori, come avvenuto con la normativa in tema di condizioni generali di contratto; questa, prevedendo un controllo contenutistico delle clausole contrattuali, determinava uno sconvolgimento della logica liberale del BGB, secondo cui il consenso liberamente prestato dai contraenti rende intoccabile il contenuto dell'accordo. Così ha prevalso l'esigenza di coerenza sistematica con una nuova codificazione, sulla quale ancora S. Patti, op. cit., 202.

(33) N. Irti, *L'età*, cit., 26 ss., il quale osserva comunque che «la produzione di norme speciali alimenta il bisogno di altre norme speciali in un circolo ossessivo ed inesauribile. La quantità di esse è destinata a crescere, fino a che, per il confluire dei processi di decodificazione e consolidazione, non sarà avvertita l'esigenza di nuove strutture di codice» (op.cit., 67). Si cfr. altresì in tema R. Sacco, *I codici civili*, cit., 311 ss.; P. Cappellini, *Il codice eterno*, cit., 49.

(34) Da ultimo si cfr. G. Napolitano, *Il codice francese e le nuove frontiere della disciplina del procedimento in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5 ss.; diverso il discorso — che qui non può essere approfondito — per quanto riguarda la problematica della codificazione del procedimento amministrativo europeo, la quale, in ogni caso, «would not be a codification à droit constant, but would require the establishment of new principles and rules, or at least the extension of the scope of existing ones» (B.G. Mattarella, *The Concrete Options for a Law on Administrative Procedure Bearing on Direct Eu Administration?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 537 ss.). In tema, si cfr. altresì D.U. Galetta, H.C.H. Hofmann, O. Mir

Puigpelat, J. Ziller, *The General Principles of Eu Administrative Procedural Law. An in-depth Analysis*, ivi, 2015, 1421 ss.

(35) Vero è che gli attuali codici settoriali dovrebbero costituire un superamento rispetto al modello previgente dei testi unici voluto dalla legge n. 50/1999, in quanto si prefiggono non un riordino, bensì un autentico riassetto normativo. Tuttavia, il riassetto, per quanto sia un qualcosa di più del semplice riordinamento, non è nemmeno una riforma radicale di una branca dell'ordinamento come quella caratterizzante le codificazioni classiche. Così i codici di diritto amministrativo speciale si pongono in rapporto di continuità con la precedente esperienza dei testi unici, tendendo a perfezionarne il ruolo di chiarificazione e semplificazione normativa e tentando al tempo stesso un'operazione di riaccorpamento e di razionalizzazione per porre rimedio all'inflazione e al disordine normativo. Si cfr. B.G. Mattarella, *La codificazione del diritto: riflessioni sull'esperienza francese contemporanea*, cit., 1035 ss.; Id., *Codificazione e Stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 365 ss.; Id., *La codificazione in senso dinamico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2001, 709 ss., e bibliografia ivi citata.

(36) Secondo l'Adunanza generale del Consiglio di Stato, parere 25 ottobre 2004, n. 10548, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 73 ss., i codici settoriali si distinguono nettamente dai codici classici, perché sono improntati alla realizzazione di «micro-sistemi legislativi, dotati di una razionalità più debole [...] incentrati su logiche di settore, di matrice non esclusivamente giuridica».

(37) Per la distinzione tra codificazione e consolidazione si cfr. M.E. Viora, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino, Giappichelli, 1967, 2-42, che rivendica alla prima il pregio della «novità del materiale legislativo» e comprime nel concetto di consolidazione tutto quanto la storiografia giuridica aveva finora ritenuto quale semplice restatement; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, Milano, Giuffrè, 1982, 256. In tema cfr. altresì S. Cassese, *Codici e codificazioni: Italia e Francia a confronto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 95 ss.; B. G. Mattarella, voce *Codificazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, II, 937.

(38) B.G. Mattarella, rispettivamente in *Codificazione*, cit., 365 ss., e *La codificazione*, cit., 709 ss.

(39) Sul punto si cfr. B. Tonoletti, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in *Percorsi di diritto dell'informazione*², a cura di M. Cuniberti, E. Lamarque, B. Tonoletti, G.E. Vigevani e M.P. Viviani Schlein, Torino, Giappichelli, 2006, 310 ss.

(40) B.G. Mattarella, La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss., nonché, sempre dello stesso autore, Il Consiglio di Stato e la codificazione, *ivi*, 2005, 78 ss.; ma si cfr. altresì G. Melis, Una buona legge e molto da fare, *ivi*, 2015, 581 ss.

(41) D. Frisby, voce Modernità, e C. Trigilia, voce Modernizzazione, entrambe in *Enciclopedia delle scienze sociali* (1996), ora anche in www.treccani.it/enciclopedia. Sul processo di «modernizzazione» dell'attuale diritto amministrativo e sulla riflessione in tema da parte della scienza giuridica, si cfr. S. Cassese, *New Paths for Administrative Law: A Manifesto*, in *International Journal of Constitutional Law* (2012), 603 ss.

(42) Si cfr. www.funzionepubblica.gov.it, nonché www.italiasemplice.gov.it.

(43) Si cfr. M. Savino, Le riforme amministrative, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, pt. gen., II, Milano, Giuffrè, 2003, 2169 ss.; L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano nel XXI secolo*, Bologna, il Mulino, 2009; S. Battini, Una nuova stagione di riforme amministrative, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1017 ss.; nonché G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, il Mulino, 1996; A. Natalini, *Il tempo delle riforme amministrative*, Bologna, il Mulino, 2006.

(44) Sul punto, se si vuole, si cfr. M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e postmodernità*, in corso di pubblicazione sugli *Atti del Convegno Percorsi giuridici della post-modernità*.