Intervento al convegno dell’Aipda su Le fonti nel diritto amministrativo di Eugenio Picozza Professore ordinario di diritto amministrativo presso la SSPL della facoltà di giurisprudenza dell’università di Roma Tor Vergata.

Quando si parla o si scrive intorno all’argomento delle fonti del diritto non bisogna a mio avviso dimenticare l’origine storica e il mutamento complessivo che tale concetto ha progressivamente subito nel tempo. Il concetto di fonti del diritto risale quanto meno alla Bibbia[[1]](#footnote-1) e precisamente al famoso episodio di Mosè che va sul monte Sinai per ricevere direttamente da Dio le tavole della legge. Anche nel linguaggio comune il concetto di fonte indica qualcosa a cui le persone e gli animali si abbeverano e ne traggono energia vitale. L’influenza che le religioni hanno avuto sulla formazione, sulla forza e sul valore delle fonti giuridiche è evidentissima: basterebbe se non altro l’importanza che le fonti religiose hanno tutt’ora nell’ambito delle società islamiche.

Eppure la Bibbia ci illumina anche su un altro episodio concomitante con quello soprariportato: quando Mosè torna presso la tribù portando le Tavole della Legge trova il cognato Aronne che sta forgiando il vitello d’oro richiesto dalla tribù in conformità ad usi e costumi di altri popolazioni. Con una punta di malizia si potrebbe accostare il vitello d’oro all’analisi economica del diritto che sottopone anche le fonti del diritto all’impatto costi – benefici. In effetti proprio il peso acquistato recentemente dai criteri dell’analisi economica dimostra che nella tradizione occidentale il percorso è stato soggetto a importanti mutamenti storici al cui esito le fonti stesse sono state ridotte per così dire allo stato laicale.

In effetti fino all’epoca della rivoluzione francese lo jus comune gentium basato largamente sulle consuetudini e sulla rielaborazione dottrinale e giurisprudenziale del diritto romano possedeva il senso della “rivelazione”.

La rivoluzione americana e quella francese (soprattutto quella francese) costituiscono un passaggio epocale che se trasferisce sostanzialmente allo stato l’effettivo potere temporale dall’altro esalta il senso “religioso” delle fonti del diritto medesime. Non è un caso che i rivoluzionari abbiano eretto la statua della dea ragione e che le costituzioni dal 1789 al 1792 abbiano rappresentato un oggettivo esperimento di teologia politica come ci ricorda Carl Schmitt[[2]](#footnote-2) in vari luoghi e come recentemente rammentato in un libro di Hans Kelsen[[3]](#footnote-3), anche se l’insigne Autore finisce per negare un parallelo tra religioni sacre e religioni laiche il cui catechismo sarebbe appunto rappresentato dalle fonti del diritto medesime.

La stessa vicenda della costruzione e successivi mutamenti del concetto di principi generali del diritto )il noto collante che lega e tiene insieme le disparate fonti del diritto) dimostra l’influenza religiosa soprattutto quando nella dottrina neo costituzionalista si è cominciato a parlare di “valori” sottesi ai principi del diritto.

Purtroppo la secolarizzazione progressiva della società civile dovuta alla rivoluzione industriale e la successiva frantumazione dello stato pluriclasse hanno accentuato la laicizzazione delle fonti del diritto medesimo.

Già ai tempi della dottrina dello stato era emerso il concetto delle “fonti del diritto amministrativo” riportato da non pochi manuali (il principale per importanza è quello del Sandulli[[4]](#footnote-4)) mentre in epoca napoleonica le fonti erano unitarie per tutto il diritto pubblico e privato.

Del resto in un processo di trasformazione durato in Italia poco più di un secolo si è anche passati dai principi del diritto naturale a quelli del diritto positivo ed infine ai principi dell’ordinamento giuridico dello stato.

Ma l’influenza del carisma religioso è dura a morire sicché le vestigia se ne possono cogliere nell’attuale problematica dei principi generali propri dell’ordinamento multilivello: principi dell’Onu, principi della Cedu, principi del diritto comunitario e naturalmente principi costituzionali.

Sembrerebbe che l’essere umano singolo e sociale rimanga disperatamente attaccato al desiderio di un ordine assoluto e quindi ad una cornice di principi e di regole che possa in qualche modo proiettarlo dai naturali confini della propria limitatezza variabilità casualità e ovviamente dalla finitezza del suo tempo e del suo spazio in una prospettiva di ordine assoluto senza tempo ne spazio.

Purtroppo come hanno esaurientemente rappresentato le brillanti relazioni di questo convegno tale pretesa è poco più di un’utopia: particolarmente nella relazione di Marco Bombardelli[[5]](#footnote-5) è emerso chiaramente che non è possibile ridurre la complessità del diritto ed in particolare del diritto pubblico attraverso un sapiente dosaggio delle fonti nel diritto amministrativo. Tra i vari effetti politici e giuridici derivanti dal fenomeno della complessità si deve annoverare per lo meno in Italia anche la fine del parlamentarismo e un potenziale appannamento della tripartizione dei poteri. In particolare i problemi legati alla complessità hanno comportato – come si è palesemente dimostrato in questo convegno – uno spostamento dell’esercizio della funzione normativa prevalente in capo al governo e per converso l’assunzione di un ruolo normativo almeno da un punto di vista sostanziale da parte del potere giurisdizionale. Si devono interpretare questi fenomeni come un ritorno alla bipartizione dei poteri pubblici tra gubernatio e juris dictio? Francamente è prematuro, ma i segnali sono molto preoccupanti. Proprio nel diritto amministrativo la fuga sistematica dagli atti normativi soprattutto secondari e la tendenza ad avvalersi del principio di atipicità sono preoccupanti.

Oltre a ciò, dalla relazione del prof Schmidt-Assmann[[6]](#footnote-6) è emerso un approccio scientifico quasi da entomologo, nell’adozione di un metodo per l’esame delle fonti nel diritto amministrativo contemporaneo; come d’altra parte il prof. Vittorio Domenichelli[[7]](#footnote-7) ha approfonditamente mostrato la limitatezza delle fonti scritte del diritto, visto il ruolo sostanzialmente normativo svolto dal giudice, ed in particolare dal giudice amministrativo, attraverso i proprio precedenti che in determinati casi assumono addirittura valore vincolante almeno per il giudice, ma di fatto anche per le pubbliche amministrazioni.

È quindi naturale e non sorprendente che in tale situazione di “liquidità” dell’ordinamento giuridico per dirla con Baumann[[8]](#footnote-8) non ci si possa più abbeverare alle fonti del diritto medesimo o per prendere la citazione dal meraviglioso testo gregoriano “veni creator Spiritus” non possiamo più ritenere lo spirito delle leggi “fons vivus” cioè fonte perennemente attiva e creatrice di energia.

Non deve quindi sorprendere che dal concetto di valore (il quale del resto è già transitato da tempo dal campo dell’etica a quello dell’economia) si sia passati a quello del soft law come tentativo a più modesto livello di recuperare l’effettività delle norme nella società complessa. In altri termini che ben si adattano alla parabola storica del diritto amministrativo dal concetto dell’auctoritas della lex che creava vinculum al destinatario (“è fatto obbligo di osservare questa legge come legge dello stato”) si sia passati all’effetto di tipo condizionale basato sulla capacità di persuasione e di razionalità qualità che il soft law dovrebbe intrinsecamente possedere. Probabilmente la natura giuridica del soft law si incrocia con le scoperte delle neuroscienze facendo leva sui concetti scientificamente oggi riscontrabili negli esperimenti di risonanza magnetica cerebrale dell’empatia, dei neuroni specchio e della solidarietà di specie animale[[9]](#footnote-9).

Ma in un’epoca di transizione non è facile far digerire agli operatori ed in particolare ai giudici la intrinseca differente natura del soft law rispetto all’hard law. Prova ne è (e lo posso confermare dalla mia esperienza personale di avvocato) che i vari documenti che racchiudono frammenti di soft law quali ad esempio le “linee guida” emesse ormai in numerose materie amministrative finiscono comunque per essere considerati atti precettivi in qualche modo vincolanti non solo per l’amministrazione ma anche per i destinatari privati: e ciò a prescindere dall’accertamento del loro legittimo inserimento o meno tra le fonti del diritto[[10]](#footnote-10). È questa una prospettiva assai pericolosa se non altro perché le singole disposizioni normative che compongono una legge (anche se spesso di pessima fattura) possono comunque essere individuate abbastanza agevolmente e quindi funzionare come parametri per l’accertamento della legalità o legittimità di un determinato comportamento. Tale operazione è molto più difficile con le linee guida i manuali relativi, le best practices, ecc. per i quali probabilmente come avviene in altri paesi di elevata civiltà giuridica il parametro da utilizzare non è più quello della legalità/legittimità dell’azione amministrativa, bensì dell’efficienza/efficacia/effettività dei risultati attesi.

Un interrogativo finale: le fonti di soft law potranno in un prossimo futuro sostituire integralmente le fonti del diritto hard law? Non è agevole dare una risposta men che mai stabile a tale formidabile interrogativo: sicuramente per rendere intellegibile in qualche modo governabile la complessità contemporanea dell’agire amministrativo le fonti del diritto amministrativo tradizionale si spostano sempre di più, soprattutto nell’ottica del giudice amministrativo a livello di principi; e ve ne è prova concreta sia nella prassi di formulazione dei ricorsi giurisdizionali sia nel diverso oggetto del ricorso al tar quale delineato dall’articolo 40 C.p.a. rispetto alla corrispondente norma a suo tempo contenuta nel regolamento di procedura dei giudizi innanzi al Consiglio di Stato n. 642/1907.

Viceversa per quanto riguarda le fonti di soft law il discorso rimane aperto: esse potrebbero subire lo stesso destino degli atti amministrativi generali e soprattutto delle circolari che sono divenuti dei contenitori buoni per tutti gli usi: molto dipenderà dall’orientamento interpretativo del giudice amministrativo nei loro confronti.

C’è però un’altra possibilità di interpretazione delle funzioni di soft law, soprattutto di quelle esercitate dalle autorità indipendenti: confrontate con il c.d. ordinamento giuridico multilivello esse potrebbero costituire una prova o per lo meno un indizio della frammentazione dell’intero sistema delle fonti nazionali ed internazionali ed una spinta verso un nuovo medio evo del diritto come adombrato in un importante saggio di Massimo Severo Giannini uscito postumo[[11]](#footnote-11).

Certamente va raccolto il suggerimento del Prof. Schmidt-Assmann[[12]](#footnote-12): dobbiamo analizzare scientificamente questi nuovi oggetti del diritto pubblico e ricavarne ove possibile una tassonomia.

Ma il deserto di valori realizzato dal mondo contemporaneo lascia intatta la nostalgia di un mondo ordinato (che ho avuto la fortuna di vivere quasi fino alla maggior età) nel quale sembrava almeno in apparenza più agevole stabilire non solo le regole da osservare, ma anche la loro naturale gerarchia.

Probabilmente, la perdita nel concetto di sovranità dell’elemento del territorio e la prepotente emersione di una realtà virtuale che si sovrappone a quella reale da un lato; e la stessa imposizione di una cultura per immagini animate, anziché la tradizionale frase scritta che obbligava alla riflessione e astrazione, segnano un confine irreversibile non solo tra due epoche, quella del post moderno; e quella di un futuro dai confini inafferrabili, ma anche tra due mondi con tutte le conseguenze anche giuridiche che si possono agevolmente immaginare.

1. E. Picozza, *Diritto dell’economia come strumento di unificazione*, in corso di pubblicazione in Diritto dell’economia, Mucchi Editore [↑](#footnote-ref-1)
2. C. Schmitt, *Categoria del politico,* traduzione italiana a cura di Miglio – Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972. [↑](#footnote-ref-2)
3. H. Kelsen, *Religioni secolari,* Raffaello Cortina Editore, 2014. [↑](#footnote-ref-3)
4. A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene Editore, Napoli, 1989, Vol. I, Cap. 2, pag. 28 e ss. [↑](#footnote-ref-4)
5. In atti di questo Convegno. [↑](#footnote-ref-5)
6. In atti in questo Convegno. [↑](#footnote-ref-6)
7. In atti in questo Convegno. [↑](#footnote-ref-7)
8. Z. Bauman, *Liquid Modernity*, trad. it. *Modernità liquida*, Roma-Bari 2002 [↑](#footnote-ref-8)
9. E. Picozza – L. Capraro – V. Cuzzocrea, D. Terracina, *Neurodiritto. Una introduzione*, Giappichelli, Torino, 2011 [↑](#footnote-ref-9)
10. Sulla natura giuridica delle linee guida si veda il parere del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, Ad. 21.01.2008 n. 137 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). [↑](#footnote-ref-10)
11. M.S. Giannini, *Profili di un diritto amministrativo delle comunità europee*, uscito postumo nella *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Giuffrè, 4/2003, pag. 979 e ss. [↑](#footnote-ref-11)
12. In atti in questo Convegno. [↑](#footnote-ref-12)