



19 GIUGNO 2019

Considerazioni intorno all'attuale
problematicità della “certezza della
norma” e l'attività di interpretazione-
esecuzione della legge in sede di
giurisdizione e di attività
amministrativa

di Giuseppe Palma

Professore emerito di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Napoli Federico II



Considerazioni intorno all'attuale problematicità della “certezza della norma” e l'attività di interpretazione-esecuzione della legge in sede di giurisdizione e di attività amministrativa *

di Giuseppe Palma

Professore emerito di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Napoli Federico II

Sommario: 1. Introduzione. 2. Individuazione degli elementi essenziali del tema. 3. Principi costituzionali ed il loro valore condizionante. 4. Ulteriori precisazione del tema trattato. 5. La cd. certezza della norma (regola). 6 Conclusioni.

1. Introduzione

L'argomento (e/o la tematica) che si ha intenzione di approcciare in questa breve indagine è ritenuto comunemente ed a ragione che costituisca uno dei pilastri, ovvero uno degli architravi della vita (e quindi della cultura) giuridico-istituzionale e perciò con una lunga tradizione storica e scientifica; infatti è più che logico (quasi naturale) che la “certezza” della norma o, se si vuole, della regola da applicarsi ad una fattispecie concreta venga considerata un canone di funzionamento di ogni sistema giuridico-istituzionale, in quanto certezza del diritto è certezza della norma o... certezza della regola” (G. Corso)¹, senonchè è agevole rilevare come in ogni epoca storica sono individuabili allarmi circa la tenuta di tale pilastro ed ancora oggi, nel sopraggiunto regime costituzionale, l'attenzione critica è riportata sulla tematica, come è documentato dal recente interessante Convegno², nel quale autorevolmente ci si è interrogati sulla crisi (o meno) del suddetto canone e sulla sua attuale vitalità, donde l'asserita problematicità di cui al titolo di questo lavoro.

Ed una volta segnata una tale prospettiva nasce l'esigenza di interrogarsi se il corrispondente sistema ordinamentale è ancora tale da garantire pienamente il canone di cui è parola, se esso connota ancora il generale indirizzo funzionale del sistema ordinamentale improntato alle preesistenti coordinate finora ritenute inalterate per convinzione comune, ovvero queste, sono soggette a progressive modificazioni,

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

¹ Cfr conclusioni del Convegno annuale, Napoli 2014, della Ass. Italiana Professori di Diritto amministrativo, Annuario 2014

² Cfr. Atti del Convegno sopra cit.

atteggiandosi sul piano funzionale differentemente, donde ancora la problematicità richiamata nella intitolazione.

D'altro canto è appena il caso di riflettere sulle conseguenze inevitabili che la certezza-incertezza di una norma (disposizione giuridica) è destinata a ripercuotersi, come è ovvio ammettere, sul piano della sua concreta applicazione, quindi potenzialmente può ripercuotersi, con notevoli imprescindibili conseguenze, sulla funzione giurisdizionale attenuandone l'aspetto notevole di garanzia del cittadino, componente del popolo sovrano. La garanzia che si può con il Chiovenda così riassumere "dare... praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha il diritto di conseguire"³.

Ma tale aspetto va esteso anche alla esecuzione della norma da parte della p.A. come si dirà più avanti. Il che potrebbe mettere in crisi anche la garanzia dei diritti fondamentali di libertà spettanti al nuovo cittadino dell'era costituzionale.

Va però fatto notare come si presenti notevolmente difficoltosa l'esigenza di riesaminare il sistema ordinamentale finora comunemente condiviso quando questo finisce per modificarsi nel momento stesso in cui lo si esamina e forse siffatti mutamenti potrebbero ritenersi maturare all'unisono con il progressivo maturarsi dei valori (principi) costituzionali, poichè deve pure onestamente riconoscersi che l'approvazione della Costituzione ha potuto influenzare modificando alcuni connotati di funzionamento dello spazio ordinamentale (ma su ciò più avanti) quantomeno alcune sue categorie concettuali.

Per introdurre qualche esempio circa quanto da ultimo affermato si legga quanto (Moreno) si scriveva nel 1835 "quale sia il bisogno di interpretare là dove sono leggi certe, non discordanti fra sé, scritte nel linguaggio volgare, non cumulate soverchiamente, compilate con diligenza? A che si vuol rispondere che questa interpretazione non tocca la qualità ma l'applicazione della legge"⁴ e lo si raffronti con quanto dichiarato di recente dal Presidente della Cassazione (Canzio) nel 2016 "la politica non fa norme chiare, precise comprensibili, conoscibili, osservabili, con modifiche troppo frequenti, ispirate a logiche emergenziali".

Certo non si può non condividere le osservazioni puntuali del Presidente della Cassazione, soltanto rimane da indagare se queste osservazioni conservano soltanto il significato relativo all'anomalo tempo politico attuale (ed in ciò non si fa fatica), ovvero in esse sono occultate ragioni ben più profonde connesse al mutamento istituzionale a causa della più generale mutazione dell'ambiente sociale in via di progressiva stabilizzazione (e quindi non ancora percepito nella sua realtà neppure a livello di scienza giuridica) che finisce per correggere anche quelle categorie concettuali di cui si è fatto parola.

³ Principi diritto processuale civile, Napoli, 1923, rist. 1960, pag. 81

⁴ Il Galateo dell'avvocato, Napoli.

A questo punto va sgombrato il campo da possibili dubbi sul collegamento, preannunciato nella intitolazione, tra l'attività di applicazione della norma (legge) ad opera del giudice e la medesima applicazione ad opera della Amministrazione pubblica, ma si fa presto a spiegare; tale collegamento segue la scia di quanto asserito dal Kelsen (Dottrina dello Stato), il quale, muovendo esattamente dalla riscontata analogia nella esecuzione della legge sia del potere giurisdizionale che di quello amministrativo, annota che il primo si distingue per un **“relativo vincolo”** il secondo per una **“relativa libertà”**.

In conseguenza è intuitivo prevedere che se la ricerca intrapresa dovesse scorgere che la sistematica istituzionale, ovvero lo spazio ordinamentale subisca una qualche modifica nel coagulo intorno al mutamento dell'epicentro concettuale, per così dire, tradizionale si potrebbe altrettanto dover riconoscere come le attività interpretative dei due distinti operatori, pur conservando la loro identità istituzionale (ed è ovvio) possano influenzarsi reciprocamente. Ma tutto più avanti.

2. Individuazione degli elementi essenziali del tema.

Nel tentativo di precisare ancor meglio la tematica qui in discussione, ivi inclusa l'esigenza di giustificare la connotazione di problematicità ad essa attribuita, urge fissare alcuni punti fermi, per quanto siano già intuibili.

A tal fine si premette che per certezza (e/o incertezza) della norma, si intende la disciplina tecnico-giuridica da applicare al caso concreto (e quindi della singola disposizione) ed è naturale che da questa si fa discendere, anche l'ulteriore deduzione della “certezza del diritto” ed a sua volta l'orientamento diffuso in dottrina che la legge deve connotarsi per la “generalità ed astrattezza” nel senso, secondo la comune opinione della “ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono”, nello scopo di escludere, perlomeno in via tendenziale, leggi (e quindi norme) **speciali** (a dir così) le quali individuando singoli soggetti e/o categorie di soggetti finirebbero per derogare al principio di uguaglianza degli individui (cittadini) innanzi alla legge.

Cosicché è facile desumere come quest'ultimo “canone” non è dettato (e non è mai stato dettato) come un accorgimento adottato da esigenze tecnico-giuridiche (perlomeno non solo per queste) ma come corollario del valore che si intendeva garantire al principio di uguaglianza e la relativa dogmaticità “concettuale” è destinata ad essere in concreto condizionata alle fortune che storicamente subisce la garanzia di detto valore. Ed inoltre non pare di potere escludere come una legge (e quindi una singola norma in essa inclusa) costituisca e viene così ritenuta dalla cultura giuridica come condizione essenziale alla stabilità del valore della certezza del diritto.

Ciò premesso è da ricordare che un tale indirizzo scientifico (e starei per definirlo filosofico) ha visto la luce nella cultura ideologico – politica del lontano secolo ottocento e senza risalire ad alcuni spunti

rivenibili già nella ben nota rivoluzione francese è possibile dichiarare che è la prima che ha influenzato in concreto la scienza giuridica pervenuta sino ai nostri tempi e di questo si continua a discorrere e ci si continua a dividere. Se quanto fin qui premesso è da condividersi ed allora due sono gli atteggiamenti da assumere riguardo al problema che indubbiamente fa tremare i polsi, dappoichè occorre sgomberare l'intrigato apparato, nel tempo complicatosi, della selva delle categorie concettuali originate prevalentemente nella scienza giuridica. Perché è innegabile che una siffatta impostazione teorica non ha mai poggiato su chiari e letterali "principi" giuridicamente sanzionati e pertanto costituiscono categorie concettuali (come è piaciuto definire) e soprattutto come principi (mai sanzionati) "immanenti" nel globale sistema giuridico vigente e seguono perciò (anzi dovrebbero essere in realtà condizionati) i progressivi eventuali mutamenti del sistema e quindi delle correnti politiche, ideologiche e filosofiche cause dei mutamenti; starei per dire che occorre tenere in valore l'ambiente politico sociale che si modifica nel tempo, perché il diritto, soprattutto espresso a così alti livelli di sintesi concettuali, non può sottrarsi dall'interfacciarsi con la società reale che suggerisce i vari bisogni e le vere attese da essere soddisfatte⁵. In conclusione interrogare il passato prossimo, interrogandolo nella sua storica esistenza, senza essere tenuti a giurare nel verbo degli autorevoli maestri di quel periodo, serve a calibrare soprattutto sul piano argomentativo la reale cifra giuridica dei principi considerati come immanenti nel corrispondente sistema.

Ed allora avendo fatto cenno alla origine della problematica qui esaminata nel secolo ottocento non sembrerà ultroneo (e non soltanto per questa ragione, si intuisce) prendere l'avvio dalla consultazione dello Statuto Albertino.

In questo si legge che l'attività legislativa appartiene contestualmente al Sovrano ed alle due Camere (cd. esercizio collettivo) (art. 3), ma in materia si limita a precisare il procedimento dei lavori delle due Camere (per cui si desume soltanto che la legge approvata da queste veniva sanzionata definitivamente dal Re). Se si muove da quanto appena sottolineato si comprende facilmente il valore per così dire relativo (se non tenue) della dichiarazione di cui all'art. 24 circa "l'uguaglianza dei regnicoli dinanzi alla legge" (dove l'interrogativo obbligato cioè dinanzi ad una qualsiasi legge anche non generale ed astratta?), né differente impressione lascia la lettura del successivo art. 26 secondo cui "la libertà individuale è garantita" (dove la ripetitività dell'interrogativo: e se la legge non garantisce affatto, specie se introduce una differenziazione tra i regnicoli, questi sarebbero comunque uguali dinanzi alla legge?).

Ma del resto cosa si poteva sperare in una società divisa per caste, oligarchica, sostanzialmente costituita, in termini di dignità, dal blocco sociale della classe dei proprietari terrieri (cosa che continuò anche dopo

⁵ In tono più generale, cfr. P. Grossi, *Passato e presente del diritto amministrativo, Liber amicorum in onore di A. Massera*, Ed. scientifica, Napoli, 2017, pag. 283 ss

l'Unificazione in cui un tale blocco sociale improntava l'intera società meridionale) ed ancorchè fosse da registrare qualche leggero “fermento” dei lavoratori della primissima industrializzazione esso fu, come è noto, violentemente stroncato.

Pertanto gli elettori rimasero i possidenti (terrieri) e gli istruiti, in una complessiva minoranza esigua di quei regnicoli “uguali” dinanzi alla legge. Ha ragione l'autorevole opinione che rilevò che lo Statuto conteneva “vuoti” (che potevano essere riempiti da un qualsiasi regime come poi è accaduto) e che servì per l'Unificazione ma non servì più dopo questa⁶.

Infatti a livello di vertice del potere in seguito vi fu l'avanzata di rappresentanti di una nuova prospettiva politico sociale (forse sotto pressione del futuro blocco operaio) che modificarono (o tentarono) in quota parte la politica dello stato unitario, con un maggiore continuo ascolto dei “bisogni sociali”, e vi furono a volte mutamenti notevoli per quel periodo ma se ci si domanda se si può (è lecito) **sostenere** che la tonalità globale della cultura politica fosse radicalmente mutata e con essa il corrispondente spazio ordinamentale, sembra dover rispondere negativamente in quanto, sebbene il progressivo mutamento della Costituzione materiale, lo Statuto rimase inalterato, ivi incluso il potere sovrano nella titolarità del Sovrano.

Una tale conclusione però induce ad approfondire la cultura politica e giuridica ad essa contemporanea per scoprire se quel principio immanente nel sistema di cui si è fatta parola trovi un qualche “appiglio” logico che faccia da giustificazione razionale al suo permanere inalterato.

Tale appiglio giustificativo, secondo il mio modesto giudizio, è da trovare nella individuazione del vero “**Corpus juris**” allora esistente, il quale corrispondeva all'esistente Codice Civile, dalla lunghissima “nobile” tradizione storica, ininterrotta dalla rivoluzione francese ed attraverso la mediazione del codice napoleonico, perveniva, con tutta la consistente tradizione scientifica e dottrinale, a disciplinare la vita sociale del tempo.

Infatti, esso era il contenitore, esaustivo per l'epoca, di norme dalla tonalità generale ed astratta che coprivano gran parte dei rapporti sociali del tempo, vale a dire della vita sociale degna di essere regolamentata e dove l'opinione comune concorreva a creare intorno ad esso un sentimento di immutabilità, quasi un aureola sacrale; soprattutto se si pensa che l'esigenza, parzialmente avvertita, della libertà del singolo finiva per confluire nella sfera dell'autonomia negoziale (ancora una volta appannaggio dei possidenti terrieri che si promettevano di indossare i panni dell'imprenditore).

E qui devesi passare ad allargare la visuale delle presenti argomentazioni; tale rilevata circoscrizione del Corpus juris in termini della tendenziale opinione della esaustività della (generale) vita giuridica del Regno

⁶ In riferimento a quanto si riassume nel testo cfr. A.C. Jemolo M.S. Giannini, *Lo Statuto Albertino*, Roma 1946, Testi e documenti costituzionali del Ministero per la Costituente, 25 ss

ottiene una plausibile considerazione logico ricostruttiva nella situazione nella quale allora versava il diritto pubblico, nella struttura specifica del diritto amministrativo che nel tempo appunto muoveva i primi passi. Non si intende ampliare il discorso e ci si limita a ricordare che l'azione amministrativa all'epoca veniva ricompresa quasi totalmente nell'area nozionistica del diritto di "polizia" (vocabolo che nella radice semantica contiene il significato di amministrazione), poiché pochi erano gli interessi degni (politicamente) di soddisfacimento in termini di interessi generali e quindi pubblici, ma tutti gli altri scopi, relativi all'attività svolta dalle autorità (organi amministrativi) erano soddisfatti, in tendenza generale ricorrendo al diritto comune⁷ (vale a dire civile, del resto anche il "fisco" che solo in seguito fu traslato nell'area del diritto amministrativo).

Cosicché è più che giustificabile che l'azione, inizialmente di polizia, venisse connotata di "specialità", marchio che è pervenuto sino ai nostri tempi nei quali tale specialità sembra grandemente stemperata (è un effetto di un destino impresso?)

Ma un tale connotato di "specialità" giustificava ogni esclusione di esso dal circuito dell'opinione comune, secondo cui esso non costituiva un fattore-elemento da coinvolgere nella discussione (perlomeno) sui principi ordinamentali del sistema. Ed ancora quando in seguito la costituzione materiale mutò ad opera non solo del ricambio generazionale ma anche soprattutto ad opera dei primi bagliori di ideologia nuova, il diritto amministrativo fu tenuto distante dal settore codicistico, anche quando la relativa azione si era enormemente estesa a nuovi interessi sociali, che ha assunto in tempi successivi, inclusi gli attuali, un suo distinto valore di *Corpus juris*, distinto ma non slegato dalle generali teoriche categorie ricostruttive del sistema ordinamentale.

Quanto si è fin qui premesso appare sufficientemente giustificare la conclusione per ora raggiunta in forza della quale l'obliterazione sul piano di ricostruzione teorica, in altri termini la ricostruzione generale del sistema allora vigente con la esclusione di un siffatto aspetto costituisce il "passaporto" che ha consentito che quelle categorie concettuali si siano trasferite dall'epoca della loro originaria formulazione nel clima giuridico della repubblica democratica costituzionale e su quest'ultimo profilo è necessario spostare subito l'attenzione.

3. Principi costituzionali ed il loro valore condizionante.

Occorre far ritorno, sia pure brevemente, al nuovo "clima" ordinamentale conseguente all'avvento della Repubblica democratica costituzionale, perché è la logica argomentativa che lo impone, al fine di porre in evidenza le nuove coordinate dello spazio ordinamentale, ossia in quale misura le attuali coordinate

⁷ Cfr. in termini più generali G. Palma, *La ricostruzione concettuale di danno ingiusto ecc.*, ora in *Della azione amministrativa a regime di diritto privato ed altri scritti*, Giappichelli Ed. 2018, 213 ss.

modificano, anche a livello teorico-ricostruttivo, detto spazio e la corrispondente cultura tecnico-scientifica, poiché entrambi i profili menzionati sono funzionalmente interdipendenti; in una parola occorre ritornare ad interrogare la Costituzione.

Già ad un primo superficiale esame può intuirsi che la scena nella quale sono destinati ad esibirsi gli attori politici ed i cultori della scienza giuridica è cambiata sotto molti profili, pur tuttavia è dato registrare che le categorie concettuali insieme al connesso principio immanente al vecchio sistema permangono intatti (sia pure ricordati con molta meno enfasi), prova ne sia che si registrano allarmi per la loro non più integrale operatività; è vero che un siffatto allarme per la situazione è riscontrabile ogni qualvolta un vecchio orientamento nella sua interna logica di funzionamento mostra un certo grado di regressione argomentativa laddove la nuova prospettiva di logica funzionale è in via di consolidamento, per cui la nuova logica non riesce ancora ad imprimere un nuovo paradigma concettuale.

Ed una tale situazione diventa giorno per giorno ancora più angosciante per chi da tempo stima che la cultura costituzionale è sempre più soggetta al fenomeno della dissolvenza. Al contrario per imprimere una certa accelerazione al discorso, occorre domandarsi se il passaggio storico-politico del concetto di sovranità, inteso come potere **“supremo ed incondizionato”**, che spettava al Sovrano nel regime monarchico puro, secondo lo Statuto⁸, ed il sopraggiunto principio che la **“sovranità spetta al popolo che la esercita secondo la Costituzione”** (art. 1, co. 2, Cost.) ha (o meno) l'effetto notevole e sostanziale di mutare il potere di sovranità nella sua più intima essenza e che essendo detto potere, in origine incondizionato, dal momento che è prescritto che l'esercizio debba svolgersi secondo Costituzione per ciò stesso subisca un qualche condizionamento.

Anche perché sembra banale (e di qui la logica dell'interrogativo sollevato) che la disposizione costituzionale in esame voglia soltanto riferirsi (secondo lo schema statutario) agli articoli che disciplinano la procedura di approvazione della legge (art. 70 e segg. Cost.).

La difficoltà della risposta , ove attentamente si mediti , risiede nella metodologia delle prime interpretazioni della Carta (è vero che in materia subentrarono molte cause differenti come ad esempio l'infrangersi dell'accordo raggiunto in sede costituente ad opera di ideologismi e/o di culture ideologizzate, come si è in più occasioni ricordato) per cui, anche al fine di non schierarsi nella dialettica ideologico-politica, fu più semplice “includere” le disposizioni costituzionali in lettura nella tradizionale “gerarchia” delle fonti del diritto, includendovi anche le norme aventi per oggetto “i principi fondamentali”.

⁸ Da ult. cfr. G. Palma, Il lungo itinerario giuridico e costituzionale in virtù del quale l'apparato p.A. statale ha assunto l'attuale identità istituzionale, ecc., in *federalismi.it*, marzo 2019, 2 ss



Va subito evitata ogni prevedibile incomprensione, e si chiarisce che non si sostiene che un tale inserimento nella gerarchia funzionale degli atti normativi sia errata, perché è del tutto ovvio che al grado più alto e supremo devono ritenersi le norme costituzionali (specie nel caso di Cost. rigida) ma il profilo critico, che si intende prospettare, è che con la operata riconosciuta gerarchia si è finito per esaurire (e per alcuni occultare) il notevole valore normativo dei suddetti principi, essi sono stati per così dire disarmati nella loro cifra fondamentale giuridica con **valore** (a così dire) **costituente** (starei per dire espressione del **potere originario costituente**).

Dal limitato riconoscimento categoriale, qui criticato, sono registrabili alcuni gravi errori di impostazione tecnico – giuridica come, si ricorderà, trattandosi soltanto di norme “primarie” per i primi tempi di vigenza costituzionale si sosteneva che non erano direttamente applicabili in mancanza di una “legge ordinaria”, cioè si finiva per negare, quantomeno sul piano operativo, la loro efficacia giuridica, in modo a così dire surrettizio.

Non credo affatto che una tale impostazione non fosse gradita ad alcune correnti ideologiche, ma in questo atteggiamento sono forse da rinvenire alcune cause del fenomeno da me definito di dissolvenza della cultura costituzionale. Invece è sopraggiunto il convincimento che quel **super – valore** dei principi fondamentali, di cui qui si discute, è destinato ad assumere (ed anzi questa prospettiva veniva adottata anche in sede di Assemblea Costituente) il ruolo di “**condizionamento**” dello stesso potere sovrano che perciò da incondizionato subisce nella sovranità popolare il condizionamento dei limiti nel relativo esplicarsi dalla consacrazione dei valori – principi di cui ai **principi fondamentali** della prima parte della Costituzione.

Si comprende che questi concorrano a delimitare “**geneticamente**” a così dire il potere supremo di sovranità, oltre che esprimere la loro azione di presenza in ordine a singole leggi ordinarie, così come la Corte Costituzionale sta operando da tempo secondo un più profondo sindacato da chi scrive denominato di seconda generazione.

Per ora si anticipa una conclusione su cui si tornerà più avanti: essa consiste nella opinione che se tali principi-valori sono consustanziali al potere (costituente) sovrano tali condizionamenti finiscono per connotare tutti i tre poteri in cui si articola il potere sovrano (ivi inclusi il potere giurisdizionale e il potere amministrativo) oltre naturalmente quello legislativo.

Questo aspetto sarà ripreso più oltre, in questa sede appare opportuno porre in evidenza come il riconoscere che i suddetti valori-principi hanno la libera circolazione per così dire nell’area dei tre classici poteri che simboleggiano la unitarietà del potere sovrano (ed a parte altre considerazioni sulle quali si dovrà ritornare) può ancora sostenersi che quelle cennate categorie concettuali, ovvero quel principio immanente nel sistema di allora, abbiano ancora libero accesso nella ricostruzione teorica del sistema

introdotto dalla Carta e può pretendersi ancora il loro rispetto in sede di esercizio dei tre poteri in cui si riparte il potere sovrano.

Insomma i Costituenti, prima di procedere alla adozione delle singole disposizioni, ebbero la lungimiranza di edificare una sorta di piattaforma (continentale) su cui erigere la Repubblica democratica (per quanto come tutte le piattaforme anche la nostra sembra soggetta negli ultimi tempi ad un pericoloso scivolamento). E' possibile allora riassumere che lo spazio ordinamentale (a chi scrive) appare profondamente mutato, a fronte di quello monarchico puro ed una tale conclusione non si mostra nella sua reale consistenza perché, come si è scritto altrove, la persistente vigenza in fatto della "effettività" che ha lasciato in gran parte funzionante il precedente regime liberale, lo impedisce⁹. Infine, posti questi mutamenti, si comprenderà che non è più l'occasione di far ricorso al "Corpus juris codicistico", come si è ricordato in precedenza, non soltanto perché è la logica interna allo spazio ordinamentale che è mutato, come comparirà più chiaro in seguito, ma anche perché in questo periodo viviamo nella "folla" dei ccdd. Codici (sugli appalti, sulle comunicazioni, sulla protezione dei dati personali e così via) i quali vengono nobilitati definendoli codici ma sono semplici d.lgs tutt'altro che esaustivi nella relativa disciplina e che abbisognano di ricorrere a normative differenti sul piano applicativo, contrariamente ai vecchi e buoni codici esaustivi in termini di disciplina. A fronte di quest'ultima osservazione mi verrebbe "maliziosamente" da domandare è ancora valido il dogma della certezza della norma ovvero è una aspirazione?

4. Ulteriori precisazione del tema trattato

E' preferibile, prima di inoltrarsi oltre nella tematica, aggiungere ulteriori precisazioni su quanto fin qui esposto e le presenti precisazioni saranno utili a chiarire le conclusioni che si intendono trarre.

Si è finora posto in rilievo come il canone della legge "generale ed astratta" costituisca una categoria concettuale poggiate, non certo su di un principio giuridico sanzionato, bensì su di un principio che l'opinione comune scientifica considerava immanente nel sistema ordinamentale la cui origine e successivo consolidamento risale al periodo di vigenza della disciplina statutaria (a parte le nobili origini storiche ma non rilevanti nel presente discorso). E si può desumere che in forza della vigenza di siffatta categoria concettuale in questa epoca si poteva conseguentemente nutrire, come si è già detto, lo scarso valore da attribuire alla attività interpretativa preliminare alla stessa applicazione di una norma, la quale (se mai) acquisiva soltanto lo scopo di percepire la volontà del legislatore che l'avesse adottata, secondo le preliminari prescrizioni codicistiche che per primo, tra gli adottati criteri interpretativi, sanzionava (e

⁹ Cfr. sempre il lavoro di cui alla nota prec.

sanziona) l'interpretazione letterale e si poneva poca attenzione sugli altri criteri interpretativi, come su quello analogico ad esempio, che sul piano della vigenza giuridica conservavano un maggiore contenuto di "creatività".

E pure si relativizzava in questo specifico angolo di osservazione l'azione di presenza delle cd. clausole generali (come buona fede, correttezza, ordinaria diligenza ecc.)¹⁰ le quali pure erano contenute nella disciplina codicistica e che, integrando la disciplina della singola norma, da applicare nel caso concreto, assumeva un effetto (a dir così) costitutivo simile all'applicazione di quella prescrizione che suole definirsi principio.

Un siffatto orientamento è più che giustificato nello spazio ordinamentale determinato dalla vigenza dello Statuto, dappoichè, come già accennato, esso si prometteva di assicurare (soltanto) l'uguaglianza formale innanzi alla legge (ma che poteva essere sempre derogata da una successiva norma giuridica o soltanto limitarla, ad opera ad esempio del potere governativo) ed un tale "atteggiamento", sia pure affermatosi col consenso dottrinale, era utile al clima ideologico-politico allora imperante poiché porre dei confini tendenzialmente e difficilmente valicabili favoriva, come conseguenza, che si ampliasse la sfera di "libertà" dei soggetti privati, anche essa tutelata dichiaratamente a tutti, ma con particolare sguardo alla libertà della classe egemone e cioè dei proprietari terrieri, ancorchè alcuni tentativi di introdurre una rappresentanza più ampia non ebbero la fortuna di uno sbocco positivo, e anche col tempo con l'attenuarsi della azione sovrana il regime si avviò verso il liberale – democratico, il fenomeno nei termini testè illustrati ottiene una qualche attenuazione ma soltanto in termini di fatto e perciò non idoneo a porre in crisi la originaria sistemazione del teorema.

Tutto ciò è spiegabile e la sua persistenza spiegabile in forza della organizzazione della società del tempo che poneva in valore il blocco sociale della classe agraria, certo sono da registrare i primi "fermenti" di nuove presenze emergenti (come quelle degli operai, quali conseguenze delle prime industrializzazioni, specie nelle regioni settentrionali), ma esse furono contenute se non addirittura violentemente repressi. Certo esse divennero progressivamente di maggiore presenza ma ormai la modificazione del regime, subentrato approfittando dei "vuoti" della disciplina statutaria, stroncò ogni aspirazione con la forza del governo non più democratico, in conseguenza nessun mutamento si determina a livello di spazio ordinamentale né nella sistematica tecnico-giuridica elaborata dalla precedente dottrina o perlomeno la nuova affermazione del diverso regime non fu ritenuto idoneo al riesame di tale tematica.

E pure, e ciò desta un certo stupore, proprio nel periodo di sventura della democrazia si consolida un differente "fattore" che avrebbe dovuto interessare maggiormente i cultori del diritto; infatti quei fermenti

¹⁰ In materia cfr. P. Rescigno, *Manuale di diritto privato*, VI Ed., 1984, 104 ss



sociali, ai quali si è fatto cenno da ultimo, e l'avanzare sulla scena della società degli interessi del blocco in formazione dei lavoratori furono assoggettati ad una disciplina rigorosa nel senso specifico e furono recuperati, a così dire, nell'area della mano pubblica, in altri termini nel settore del diritto pubblico quindi della disciplina imperativa – autoritativa.

In questa sede interessa di tal fenomeno far notare solamente che il settore del diritto (pubblico) amministrativo si incrementa sempre più di “principi” ricostruttivi differenti dal Corpus juris civilistico e quindi per successive stratificazioni di regole create dalla attività giurisdizionale, la qual cosa avrebbe dovuto attrarre l'attenzione della scienza giuridica specie su normazione né generale né astratta e che qualche aspetto di tale “novità” si sarebbe potuto riversare nel generale spazio ordinamentale; ma sotto questo profilo ha fatto da remora ancora una volta la concezione, nata sin dall'origine, della “specialità” settoriale.

Orbene, se le condizioni storico-ambientali sono quelle premesse, rimane da verificare se erano presenti anche al momento in cui si insedia l'Assemblea costituente dopo l'obbligata dimissione del potere monarchico.

E' individuabile una situazione ambientale completamente differente poiché dopo gli eventi bellici la struttura della società era divenuta più complessa ed è questa stessa società che si pone sul proscenio del potere del governo sociale e della sua relativa organizzazione con il consolidarsi definitivo, tra l'altro, del blocco sociale degli operai, il quale già per se stesso comprendeva una multiforme essenza di interessi, con l'avvento dei partiti liberi e dei liberi sindacati: in una è lo stesso popolo nella sua consistenza sociale che prescrive, mediante i propri rappresentanti in Assemblea, a sé stessa l'impegno (e gli impegni) costituzionali (se non si tiene presente quanto asserito diventa più difficile comprendere lo spirito che anima la presente ricerca).

Ad ogni modo in ordine all'argomentazione che si svolge in questa sede è da evidenziare che la Costituzione “si fonda, così come risulta dallo stesso testo, su alcuni principi non negoziabili; esso può perciò costruire e garantire uno spazio sottratto alla negoziazione....uno spazio quindi sottratto sia al conflitto politico sia alla contrattazione”¹¹ ed inoltre che la garanzia prestata all'uguaglianza, non più intesa in senso formale ma sostanziale, vale a dire senza distinzione di condizioni economiche, di genere ecc., quindi avente per oggetto le condizioni della vita concreta (art. 3 Cost.) e pertanto la relativa garanzia (già) impone non una disciplina generale ed astratta bensì specifica e particolare, in quanto deve muoversi dall'adattamento delle posizioni di partenza e ciò al fine della realizzazione di una società di eguali e

¹¹ Così G. Dossetti, I valori della Costituzione, Napoli 2005, 25

solidali detentrici del potere sovrano supremo e condizionato come si è dimostrato nel precedente paragrafo.

In conclusione la categoria concettuale della norma (legge) generale ed astratta vede attenuarsi il valore tecnico-giuridico di presenza e con esso anche il cd. principio immanente nel sistema ordinamentale gran parte della sua idolatria di dogma. E su tale modificazione occorre concentrare l'attenzione.

5. La cd. certezza della norma (regola)

Dopo le argomentazioni svolte, tese a delineare i presupposti della tematica trattata specie nel loro apparato ricostruttivo, occorrerebbe procedere nella individuazione dei supposti mutamenti subiti od in via di imprimere mutamenti alla sistematica ordinamentale, però si è ben consapevoli che per poter delineare un sistema, anzi perché un complessivo discorso sia degno di assurgere alla delineazione di un sistema occorre che siano fissati i principi che uniscono tutti gli elementi e/o i profili costitutivi ed allora è inevitabile notare che non tutte le condizioni risultano ancora esposte nel loro intimo ruolo di fattori condizionanti ed in questa sede ci si avvia a provvedere allo scopo.

Va posta in assoluta evidenza la circostanza che, negli ultimi tempi e sempre più lo diventerà nel futuro, l'attività di normazione e/o di legiferazione si connota per il profilo eminentemente tecnico, la sua struttura compositiva riflette criteri essenzialmente tecnici, profilo del resto già rilevato in Assemblea Costituente nella quale si prospettò anche l'ipotesi di composizione del Senato di componenti con requisiti di particolare preparazione e non certo perché memori del vecchio Senato oligarchico del periodo monarchico.

Il che rende sempre più difficoltosa l'attività appunto di normazione, la quale richiede non più una pragmatica conoscenza del buon padre ma piuttosto una sempre più specifica competenza tecnico-scientifica che si presuppone appannaggio del Governo e specificamente dell'apparato tecnico-burocratico, come ebbi già l'occasione di rilevare alcuni anni orsono¹². Tale tendenza si prevede che sia destinata ad incrementarsi con il fenomeno in atto della cd. globalizzazione mondiale del diritto che perfora i confini nazionali (ed è solo follia pensare che possa opporsi a tali intrusioni con il sedicente sovranismo) e con esso l'imperialismo del diritto della finanza mondiale che non potrà sottrarsi a soluzioni tecniche e soprattutto sollecite e tempestive.

A fronte di tale esigenza, stante anche i tempi biblici per l'adozione di un atto legislativo, la prima risoluzione conseguente è che l'iniziativa passi sempre più nella competenza governativa, la quale può impiegare le competenze tecnico-professionali dell'apparato burocratico; ed allora può ben comprendersi

¹² G. Palma, Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa, 2013, ora in *Della azione amministrativa*, già cit. 1 ss

che un tale spostamento di iniziativa, contrariamente da quanto è dato a volte leggere, non può considerarsi come una temporanea anomalia, a mero momento di incertezza nel funzionamento istituzionale, bensì appare come una coordinata destinata a divenire una stabile connotazione futura di detto funzionamento.

Ma ai presenti fini urge porre in evidenza come una disciplina suggerita da ragioni tecniche può assumere difficilmente la tonalità paradigmatica della generalità ed astrattezza, naturalmente nel senso più sopra menzionato, poiché la stessa prospettiva tecnica di osservazione restringe fatalmente l'oggetto della disciplina da adottare, limitando specificamente la situazione reale da regolamentare (in altri termini la fattispecie del reale che si vuole disciplinare). Per chiarezza ci si intende richiamare in termini generali al tema delle cc.dd. leggi provvedimento.

La conseguenza ineluttabile in ordine al tema trattato consiste nel far notare che la fattispecie così restrittivamente tracciata da una siffatta norma si presenta, in astratto, di limitata potenzialità applicativa per cui una minima differenza della fattispecie del reale indurrebbe il giudice (ovvero il funzionario amministrativo, ma su ciò più avanti) a non assumere alcuna decisione, al contrario ricorrendo ad una interpretazione della norma secondo i soliti criteri previsti come quella logica, quella analogica ecc., egli può pervenire a percepire la consistente ratio legis e risolvere ugualmente il problema postogli. E' vero che un siffatto procedimento sembra rientrare nel tradizionale funzionamento del potere giurisdizionale, ma è interessante notare come una tale operazione di interpretazione-applicazione di una norma, ancorché motivata da ragioni e conoscenze tecniche, svela all'occhio attento come finisca per ampliare la potenzialità normativa della stessa norma per sua natura singolare attribuendole una sorta, a così dire, di maggiore potenzialità normativa. D'altro canto quando il fenomeno descritto si mostrava in termini ridotti e per di più contrastanti poteva sfuggire all'attenzione, ma in considerazione del supposto suo destino storico di larga estensione operativa occorre convenire che anche nell'ipotesi la quantità è destinata a tramutarsi in qualità (su ciò anche oltre).

D'altro canto una siffatta prospettiva testè disegnata sembra che rimanga confermata, sia pure in linea indiretta, dalla costatazione dell'incessante intervento delle S.U. della Cassazione, le quali con i tempi di un moto perpetuo procedono nella formulazione di "principi" generali i quali, a ben esaminare, possono "legittimamente" essere configurati come indirizzi interpretativi che finiscono anche essi per influire sulla potenzialità normativa di una singola disposizione. A questo proposito è da evidenziare come un tale potere di fissare indirizzi con valore interpretativo (ed applicativo) si è venuto sempre più ad incrementare in questi ultimi tempi in modo che ha determinato la modifica dell'art. 363, novellato nel 2006 (co. 1 e 3 cpc), il quale ha previsto che le S.U. della Cassazione possano procedere alla fissazione di principi siffatti ogni volta che ritengono necessario a prescindere che sia presentato un ricorso e ciò è la prova provata

che una tale esigenza è stata vieppiù avvertita da essere configurata come una sorta di potere istituzionale connesso a quello giurisdizionale.

E' appena il caso di ricordare, per quanto agevolmente intuibile, che anche la A.P. del Consiglio di Stato è costantemente occupata a prefissare indirizzi (=principi) di interpretazione-applicazione. Un tale rilievo non pone più in dubbio che la giurisdizione amministrativa faccia parte dell'unico potere giurisdizionale di cui alla Costituzione, infatti i Costituenti riconobbero le ragioni della sua "sopravvivenza" solo in motivo che al fine di annullamento di un atto provvedimento occorre una specifica competenza, d'altronde le due giurisdizioni si sono di gran lunga "omologate" anche in seguito tra l'altro alle sostanziali analogie tra le due situazioni giuridiche soggettive (interesse legittimo e diritto soggettivo) da tutelare¹³ (rimarrebbe da domandarsi se questa analogia è causa od effetto del più generale fenomeno, ma la tematica in esame consente di trascurare).

Il quadro dei presupposti ovvero delle condizioni ritenute necessarie non è ancora completato ed occorre estendere lo sguardo anche alla legislazione regionale anche in questo settore, sotto l'apparente generalità ed astrattezza dell'atto legislativo, non è difficile scorgere in molti di questi atti di normazione disposizioni peculiari e specifiche relative a peculiari e specifiche fattispecie (sulla falsariga delle già ricordate leggi provvedimento) dappoiché, come da tempo rilevato¹⁴, si riducono in "leggi-delibere" e ciò al fine di attribuire maggiore "resistenza" giuridica alla misura deliberata in quanto impugnabile soltanto con il ricorso incidentale alla Corte Costituzionale ed una prova indiretta è fornita dal fatto che molti di questi atti normativi contengono una sorta di motivazione che precede l'articolato dispositivo e che ha probabilmente l'intenzione di indicare l'indirizzo applicativo.

E per finire l'esposizione intrapresa e soprattutto al fine di valutare appieno il grado di radicalizzazione ordinamentale del fenomeno studiato si ricorda il forte impulso esercitato in tale direzione dalle cc.dd. direttive di origine della Comunità Europea, le quali si svelano non come compiuta disciplina ma piuttosto come meri indirizzi e molto spesso di essenza tecnica e ciò è comprensibile in quanto sorge la necessità che la loro esecuzione venga affidata allo strumentario (a così dire) giuridico interno al singolo Stato membro. Si può ben scorgere che la direttiva indirizza sin nelle fondamenta l'attività di normazione degli Stati membri.

Né ai fini presenti può trascurarsi l'opera "creativa" dell'alta Corte di Giustizia europea la quale si sostanzia nella formulazione di principi e non risulta che finora si siano sollevati perplessità e/o incertezze nella loro applicazione ad opera dei giudici territoriali. Ed in proposito non è difficile riconoscere come

¹³ Cfr. G. Palma, Il consolidato orientamento giurisprudenziale invita a ritornare ancora una volta sulla identità strutturale della situazione di interesse legittimo, 2016, ora in *Della azione amministrativa*, già cit., 125 ss.

¹⁴ Cfr. G.Palma, *Itinerari di diritto amministrativo* (lezioni 1993/94), Cedam 1996, 91 ss.

tali principi (=indirizzi) rappresentino “fili” con cui tessere il tessuto connettivo del clima giuridico di ogni Stato membro.

6) Conclusioni

E si è quindi pervenuti al momento di trarre le conclusioni ed a tal fine conviene premettere una utile considerazione. Si sarà bene inteso che l'attività di sussunzione della fattispecie del reale nella normativa di riferimento si è via via resasi complessa e complicata poiché l'antecedente logico consiste nel precisare (o se si vuole, nell'individuare) la ratio legis della norma da applicare e per conseguire un tale risultato occorre far ricorso, con estrema frequenza a **principi molteplici e ad altrettante clausole** : il che in verità non si è mai dubitato, come autorevoli opinioni hanno da tempo ricordato¹⁵, ma negli ultimi tempi il fenomeno si è incrementato a dismisura da divenire un profilo connotativo del sistema giuridico ordinamentale (si ricordi ancora una volta che la quantità si tramuta in qualità) .

E si può anche ricordare che un siffatto fenomeno non è ignorato dalla cultura giuridica di altri Paesi, come ad esempio in quella della Repubblica tedesca, in cui si è da tempo avvertito che una norma non è più assoggettabile alla interpretazione cd. **“obiettiva”**, cioè aderendo pedissequamente alla intenzione del legislatore ma va interpretata, come ricorda anche la Cassazione, secondo la chiave della **“interessenjurisprudenz”** e non più secondo quella della **“begriffjurisprudenz”**, dappoichè sulla decisione influiscono vari interessi sociali degni di tutela.

E' importante averlo ricordato perché rimane così definito il corretto angolo prospettico secondo cui avviarsi alla conclusione. In forza dell'ampia e complessa esposizione premessa sembra più che corretto desumere come nell'attuale paradigmatica vita dell'ordinamento vigente esso poggia su di una piattaforma (e/o sostrato) costituita da una pluralità di **“principi”** di diversa origine ma dall'uguale valore giuridico (propulsivo) che si ricompongono in una sorta di reticolo, al vertice del quale si dispongono i principi (valori) di rango costituzionale sui quali ci si è ampiamente trattenuti¹⁶.

Per il loro riconosciuto posizionamento condizionano, come si è già evidenziato, lo stesso (esercizio del) potere supremo sovrano e pertanto in questa riconosciuta cifra di condizione giuridica non possono non influire , per così dire dall'interno su tutti e tre classici poteri istituzionali, i quali nel loro concreto esplicarsi (vale a dire funzionamento) sono tenuti a prenderli in considerazione indipendentemente da ogni ulteriore riferimento legislativo.

A questo punto va chiarito che il “rispetto” dei principi (che in concreto si tramutano nell'indirizzo che guida il relativo esercizio) si impone per primo al potere legislativo, donde la conseguenza che la loro

¹⁵ Cfr. P. Rescigno, Manuale di diritto privato, già cit., spec. 104 ss.

¹⁶ In materiale di principi cfr. P. Grossi, Relazione introduttiva al Convegno di Napoli già sopra cit., loco cit., 1 ss.

obliterazione sistematica andrebbe considerato come una violazione del regime politico-repubblicano, ma si impone anche al potere giurisdizionale che deve ad essi impostare il relativo esercizio, come pure al potere amministrativo e ciò è maggiormente persuasivo nel clima di questi più recenti tempi nei quali sembra stemperarsi progressivamente l'originario connotato della "specialità" e che perciò sempre più diventa **un elemento costitutivo dell'omnicomprensivo Corpus juris generale** ed in questa nuova prospettiva si è già avuto l'occasione di dimostrare come l'apparato burocratico statale si è trasferito, per volontà costituzionale, sotto l'egida del Parlamento¹⁷.

In linea ricostruttiva occorre aggiungere ulteriori chiarimenti: tali principi (indirizzi) assumono il ruolo di integrare la fattispecie legale, disegnata nella singola norma mediante l'impiego del sistema interpretativo e quest'ultima diviene perciò applicabile anche a fattispecie "simili", che verranno così "coperti" dalla volontà legislativa. In conseguenza la norma, che ad una prima lettura sembra disciplinare una singola specifica fattispecie, vede ampliarsi la sua **potenzialità normativizzante** e con ciò ampliarsi la sua sfera operativa nell'ambito dell'ordinamento giuridico vigente; in altri termini essi finiscono per assumere un ruolo simile alle ben note clausole generali di più remota origine.

Insomma volendo precisare meglio la tesi sostenuta si può riassumere che l'area ordinamentale vigente consiste in uno spazio di influenza giuridica composta da una pluralità di principi destinati nel loro sviluppo ad influire sulle norme mediante l'impiego delle regole sull'interpretazione. In proposito non va dimenticato che si è anche sostenuta l'opportunità che la codificazione sarebbe dovuta consistere in una serie di principi più che di norme¹⁸.

Va per altro verso rilevato che la società è destinata maggiormente a complicarsi e quindi soggetta a notevoli cambiamenti per la scomparsa dei tradizionali blocchi sociali (e con essi la scomparsa delle corrispondenti formazioni partitiche) ed avanza impetuosamente l'era della tecnocrazia, la quale per sua logica vitale è destinata ad imprimere una maggiore dinamicità nei rapporti sociali e per conseguenza un veloce succedersi delle regolamentazioni, donde il prevedere e giustificare che sia il potere giurisdizionale ad adeguare la norma alle esigenze sociali con la conseguenza di dovere riconoscere sempre più una sua maggiore azione di presenza, in altri termini una maggiore "stabilità" del **precedente giurisprudenziale**; anzi tale osservazione, come si ebbe modo di anticipare in una recente conversazione, richiama l'attenzione su di un fenomeno in atto secondo cui la giurisdizione sembra allontanarsi dal sistema del civil law e sembra avvicinarsi all'opposta sponda dell'attuale guado del common law.

¹⁷ Cfr. G. Palma, Il lungo itinerario, già cit., loco cit.

¹⁸ Da ult. cfr. Dossetti già cit., loco cit., 35; ma già Rodotà, Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile, in Riv. Dir. Comm. 1967, 83 ss.



Ci si augura che anche il potere amministrativo si adegui progressivamente al “codice” dell’attuale spazio ordinamentale e al fine della valutazione discrezionale abbia presente non solo la norma da applicare ma anche i precedenti giurisprudenziali emessi in ordine alla stessa norma.

In estrema sintesi sembra di potere concludere che il valore della certezza del diritto, che va garantito comunque ad ogni costo, si sia lentamente trasferito dalla sua tradizionale connessione alla norma (regola) per posizionarsi, per la progressiva maggiore creatività del potere giurisdizionale, a livello di (regola) precedente giurisprudenziale e bisogna augurarsi che anche il potere amministrativo voglia percorrere un analogo itinerario anche in forza della volontà costituzionale¹⁹.

Per vero si è ben consci che non tutti i dubbi sono stati sciolti e questi ultimi rientrano nei compiti della scienza del diritto alla quale si consiglia di calcare l’accento sul ritorno a frequentare la teoria generale e non perdersi dietro a certi barocchismi tecnico-giuridici, aderendo anche all’autorevole invito dell’attuale Presidente del Consiglio di Stato²⁰.

¹⁹ Non si dimentichi che la norma finale costituzionale XVIII prescrive che “La Cost. dovrà essere osservata come Legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato”

²⁰ Cfr. F. Patroni Griffi, Discorso di insediamento, 12 febbraio 2019, dal quale si rileva con molto interesse che più volte il Presidente “riconnette” alla giurisprudenza la “dottrina” e dopo la nebbia addensatasi negli ultimi anni sul concorso proficuo tra giudici e cultori del diritto è da considerare un programma su cui seriamente è da meditare.