

Elementi di tecnica normativa nei processi di codificazione: il contributo de Consiglio di Stato

di Francesco Caringella

Data di pubblicazione: 30-8-2026

Sommario: 1. La centralità della legge nel moderno diritto amministrativo. 2. Il contributo tecnico del Consiglio di Stato alle esperienze di codificazione a diritto costante. 3. L'esemplare esperienza del codice dei contratti pubblici del 2023.

1. La centralità della legge nel moderno diritto amministrativo

Mi è stato affidato l'arduo compito di illustrare il contributo del Consiglio di Stato italiano nella codificazione a diritto costante, sul piano della tecnica normativa.

È necessaria un'introduzione sul problema strutturale, al centro del moderno dibattito costituzionale, del *deficit* di chiarezza, precisione, stabilità e, quindi, fatalmente, di effettività delle leggi.

Il tema della **crisi della legge nell'età della decodificazione**, se non della sua frantumazione, è un problema che, nel diritto amministrativo, assume uno spessore particolarmente drammatico, in quanto nei **rapporti di diritto pubblico, incentrati sulla tormentata dialettica tra autorità e libertà**, il **valore della legalità è ancora più significativo** che negli altri campi dell'ordinamento giuridico. Nell'agire autoritativo dei *public bodies*, infatti, la **legge non è l'eccezione, ma la regola**. Ne deriva che la chiarezza della legge, la sua effettività, la prevedibilità dei suoi effetti applicativi (cd. *calculability*) e la reale idoneità della legge a risolvere i problemi assumono un valore fondante.

La centralità della legge amministrativa è accentuata dai tre valori fondanti del diritto amministrativo moderno: la costituzionalizzazione, l'europeizzazione e la processual-civilizzazione.

Una legge amministrativa impotente, apparente, assente tradisce queste tre caratteristiche essenziali del diritto amministrativo del terzo millennio.

Prendiamo le mosse dalla **costituzionalizzazione** del diritto amministrativo, da cui ricaviamo, in modo plastico, che il **potere amministrativo** non è un potere originario, per così dire innato e connaturato all'essenza dell'attore pubblico. Si tratta, invece, di un potere **derivato** che, in omaggio al **principio di legalità sostanziale** (forte, e, nel campo del diritto punitivo, fortissimo) deve avere **come fondamento una legge dotata dei connotati di chiarezza,**

precisione, puntualità, prevedibilità, che sono alla base della legittimazione democratica del *public power*. Per dirla con Voltaire, non la *loi*, ma la *qualité de la loi*.

Il secondo fattore di innovazione del moderno diritto amministrativo è dato dalla sua **europizzazione**.

Lo *ius administrativum europaeum* si basa su una nuova prospettiva relazionale (tra tutte Corte cost. n. 88/2025), ossia sul **sovvertimento della logica del privilegio e della gerarchia**. È, quindi, **superata l'idea cavouriana**, prima citata dal mio grande amico Marco Giustiniani, del rapporto amministrativo come **rapporto a latere principis**, retto da norme amministrative di azione, finalizzate a legittimare il potere e, in definitiva, a giustificare l'invasione della sfera giuridica privata con la mannaia autoritativa del provvedimento imperativo.

Al contrario, il diritto amministrativo europeo, di matrice schiettamente e autenticamente relazionale, vuole che il rapporto amministrativo, basato su un confronto sempre più ansioso e turbolento con l'interesse privato, sia **a latere civis** in un quadro di nuovo conio nel quale il potere è mezzo funzionale alla tutela delle libertà dei privati, non strumento di oppressione delle stesse. Affinché questa dimensione funzionale del diritto amministrativo non rimanga uno sterile e impotente *flatus vocis*, è necessaria una legge che - evaporato il dogma ottocentesco della prevalenza gerarchica astratta dell'interesse pubblico - sia capace di orientare il dispiegarsi dell'**ad hoc balancing discrezionale**, ossia l'equilibrata e saggia ponderazione comparativa tra gli interessi in conflitto.

La terza novità del diritto amministrativo è la sua **processual-civilizzazione**, cristallizzata dall'**articolo 39 del nuovo Codice del processo amministrativo**, che rinvia, in quanto compatibile, alle norme del Codice di procedura civile.

Alla base dell'assimilazione, pur nelle dovute differenze sistematiche, del modello del processo civile, milita la decisiva considerazione che l'interesse legittimo, stagliandosi, al pari del diritto soggettivo a pretesa sostanziale a un bene della vita, necessita, ai fini di una **tutela adeguata (*before rights, after remedies*)**, di un **processo ispirato a una giurisdizione soggettiva**, retto dal **principio dispositivo** e ispirato al **principio di effettività**. Di qui i corollari della **pluralità delle azioni e del giudizio sul rapporto**.

Non è chi non veda come, in quest'orizzonte ermeneutico fortemente innovativo, pienezza della tutela significa **prevedibilità delle decisioni** e, quindi, **profetizzabilità delle conseguenze delle proprie azioni** da parte degli individui e delle e delle pubbliche amministrazioni. Profetizzabilità che naturalmente è offesa, se non addirittura dilapidata, quando vi è una confusione tra il "*law in books*" e il "*law in action*", secondo la nota contrapposizione dei realisti americani. L'assenza di una legge astratta chiara e puntuale trasforma, infatti, la giustizia a operazione intuitiva ed emotiva, se non puramente creativa, che rischia di risolversi nell'umore del giudice, nel suo soggettivismo e, quindi, nel suo personale sentimento di giustizia in un'inedita prospettiva giusnaturalistica.

La crisi della legge può avvicinarci così, anche nel diritto amministrativo che ontologicamente ha sete di certezze, alle rischiose frontiere del realismo americano, scolpito nell'agghiacciante motto secondo cui *justice is what judge ate at breakfast*.

2. Il contributo tecnico del Consiglio di Stato alle esperienze di codificazione a diritto costante

Detto ciò sulla crisi della legge, in questi minuti potrebbe essere interessante analizzare la nostra esperienza anche nella comparazione con il Consiglio di Stato francese, che rappresenta da sempre la nostra fonte di ispirazione, un'istituzione gemella che nei nostri sguardi gode di un'aura di inespugnabile sacralità. Il Consiglio di Stato francese è ciò che vorremmo essere e che non saremo mai., E tuttavia, siccome la vita è una meravigliosa utopia e dal momento che non esiste la felicità ma la ricerca della felicità, vera e unica forma di gioia universale, noi tendiamo verso il Consiglio di Stato dei cugini transalpini.

Nei quasi trent'anni trascorsi da quando ho avuto l'immenso privilegio di diventare consigliere di Stato - epoca in cui avevo ancora qualche capello mentre non avevo una moglie e quattro figli, avvenimenti tutti parimenti incredibili - ho partecipato, a vario titolo, a dieci codificazioni, tutte, in buona misura, "a diritto costante".

In alcuni di questi casi il Consiglio di Stato, in **funzione nomopoietica**, ha proceduto alla redazione del testo normativo poi approvato dal Governo. Mi riferisco al Testo unico dell'Espropriazione, al Codice del processo amministrativo, a due dei codici dei contratti pubblici citati da Marco Giustiniani (il Codice "De Lise" del 2006 e il Codice "Frattini-Carbone" del 2023, codice attualmente vigente).

Oltre a queste codificazioni, vi sono state anche le più numerose operazioni in cui il Consiglio di Stato è intervenuto **in via consultiva**, con pareri che hanno svolto una funzione di contributo significativo alla ridefinizione e al miglioramento dei testi normativi originari. Penso, tra gli altri, al testo unico degli enti locali, al testo unico del lavoro pubblico, al codice dell'ambiente, alla legge sui beni culturali, al testo unico dell'edilizia e al codice dei contratti pubblici del 2016.

Pur nella loro **eterogeneità teleologica, ontologica e strutturale**, tutti questi codici sono stati, in buona misura, **codici di riorganizzazione, riordino, assemblaggio, consolidamento** e, quindi, **sistemazione formale delle precedenti fonti normative**, secondo le due convergenti direttrici del chiarimento, attraverso un vincolo estrinseco, della connessione tra disposizioni viste come frammenti di un affresco michelangiolesco (l'ordinamento viene visto e vivificato, quindi, come unità, *as a whole*) e del recepimento dell'esperienza giurisprudenziale che incessantemente vivifica l'immobile diritto vigente con l'inquieto diritto vivente.

In molte di queste esperienze, è opportuno precisare, si è trattato di codificazioni parzialmente a diritto costante, in virtù di una delega a monte che consentiva spazi novativi solo sugli aspetti procedurali, senza però incidere sui valori sostanziali, sui principi fondamentali e sulla conformazione delle posizioni soggettive. In particolare, il Testo Unico dell'Espropriazione (poi varato con il d.P.R. 327/2001) godeva di una delega solo per lo snellimento procedurale; mentre non era consentita una manovra innovativa in ordine ai presupposti, agli effetti

economici e alle questioni di giurisdizione.

Anche il Codice del processo amministrativo del 2010 si è presentato a guisa di codice a diritto costante quanto al perimetro delle azioni e al riparto di giurisdizione, dal momento che la legge di delega consentiva di innovare solo dal punto di vista dello snellimento procedurale.

Il Codice dei contratti pubblici del 2023 è, a sua volta, un codice “invariato” a livello di fonti europee, dal momento che sono state da esso recepite le tre direttive del 2014 già attuate con il precedente codice del 2016.

E allora una considerazione di fondo e alcune considerazioni di tecnica.

La prima considerazione di fondo, sul suono delle parole che scandiscono il nostro incontro: **“codice a diritto costante”**. Parole belle, ma bugiarde, rassicuranti ma false. Nascondono un magnifico ossimoro, un’ assurda contraddizione, un’ utopia romantica, davvero degna della migliore letteratura inglese dell'Ottocento.

Un codice a diritto costante potrebbe essere veramente di riordino formale e di esperienza consolidata solo se la normativa da riordinare fosse a sua volta sufficientemente chiara, omogenea, placida, precisa, puntuale; viceversa, riordinare il mare complesso e tempestoso di una legislazione impetuosa, percorsa dai venti di una giurisprudenza a sua volta altalenante e cangiante, significa decidere, scegliere, porre in essere un’azione politica e, quindi, fatalmente, innovare in una prospettiva di netta e inevitabile soluzione di continuità.

In sostanza, se la normativa da riordinare è frammentata, contraddittoria e per certi versi conflittuale, è evidente – e i colleghi francesi lo sanno perfettamente – che **l’interpretazione non può essere un’operazione dichiarativa, conoscitiva, oggettiva, ma un’azione soggettiva, valutativa e, quindi, volitiva**.

Nel suo meraviglioso Dizionario *filosofico*, Voltaire ammonisce che *la legge non deve essere interpretabile*, perché **ogni interpretazione nasconde una corruzione**, cioè la sostituzione della volontà dell’interprete alla volontà della legge. Si staglia, in questo fulminante motto, l’utopia della legge illuministica: perfetta, autoconsistente e assolutamente autosufficiente.

Viceversa, quando, in tempi di crisi e in epoca di debolezze come la nostra, la legge è incerta, tremula è balcanizzata, inevitabilmente l’interpretazione assume un’impronta politica, se non addirittura creativa, secondo il modello, così temuto da Luigi Ferrajoli, del creazionismo giudiziario.

E allora la codificazione a diritto costante - nonostante l’espressione oggettiva che evoca l’idea di un intervento neutro di matrice esclusivamente tecnica - è un’esperienza che non può essere neutra, ossia un riordino solo estrinseco, ma deve atteggiarsi a sistemazione caratterizzata da una tavola di principi, inevitabilmente innovativa, che lascia sul campo morti e feriti, lacrime e sangue, vincitori i e sconfitti.

3. L’esemplare esperienza del codice dei contratti pubblici del 2023

Nelle sue esperienze di codificazione, il Consiglio di Stato ha fornito un contributo di tecnica normativa volto a **contrastare gli effetti deleteri dell'oscurità e dell'incertezza legislativa**, in campi, nevralgici per l'economia nazionale, in cui l'obbligo della legge chiara assume, come detto, una particolare cogenza.

Per esprimere il concetto, uso solamente **sette parole chiave**, riferendomi come **esempio paradigmatico al codice dei contratti pubblici del 2023**.

La prima parola è **unità**.

Abbiamo cercato di valorizzare il profilo dell'unità del codice. Unità teleologica, assiologica, strutturale e sistematica. Questo dato è molto chiaro nel primo articolo, visto che il principio del risultato è prezioso collante valoristico, in una prospettiva in cui la concorrenza non è fine, ma mezzo per la felicità sociale. La logica del risultato è, a questa stregua, elemento unificante di tutto il codice, in base a un principio di razionalità e di giustizia che vede nel contratto pubblico uno strumento multifocale di plurimo impegno e, insieme, veicolo di politiche pubbliche virtuose.

Seconda parola chiave: **trasversalità**.

È evidente che il codice universale, la "costituzione del diritto civile" che fu il Codice civile francese, non esiste più e non potrà esistere più. I codici sono fatalmente settoriali, ma il codice settoriale non può essere un codice isolato, un codice indipendente, una norma avulsa dal sistema, un frammento solitario, una tessera ignara del mosaico. Ne deriva che anche il codice settoriale deve essere inserito nel sistema e, come il colore di un dipinto unico, deve dialogare plasticamente – grazie all'articolo 12 del codice dei contratti pubblici (cd *clausola del doppio rinvio*) – con la legge generale sul procedimento amministrativo (la legge 241), con il Codice civile per gli aspetti esecutivi del contratto e con il Codice del processo per il contenzioso.

Terzo aspetto è la **centralità dei principi**.

Si discute da tempo se sia meglio legiferare per principi o legiferare per regole. Né l'una né l'altra cosa, se per principi si intendono principi generali e astratti e per regole vincoli opprimenti, asfissianti, inutilmente burocratiche e ingessanti.

Il Codice dei contratti, invece, è un codice "per principi", ove però per principi si intendono principi operativi e concreti, e per regole norme sufficientemente elastiche che non soffocano il momento necessario della discrezionalità. Di qui il collegamento armonico tra gli uni e le altre, ossi tra principi come *elementi della disciplina* e regole come *luoghi della disciplina*.

Quarto aspetto è l'**autosufficienza**.

Il codice è tale se è esaustivo, ossia se non rinvia ad altri testi normativi di incerto reperimento e dubbia connessione. L'autosufficienza è chiara nel Codice grazie a due elementi.

Il primo elemento è l'*incorporazione degli allegati* nel codice: si è deciso di non rinviare a futuri regolamenti che potrebbero non vedere mai la luce, ma di incorporare i testi negli allegati al

codice (sull'ingegnoso meccanismo di delegificazione, si veda l'art. 225, comma 14; sui rapporti con le regioni si consideri, invece, l'art. 224, commi 7 e 8).

Il secondo elemento è la *riserva di codice*, che viene cristallizzata nell'articolo 227 del Codice dei contratti pubblici, per cui ogni intervento relativo alla materia – non solo di modifica del codice, ma anche di modifica degli allegati – deve essere conglobato armonicamente nel codice.

Quinto elemento è la **chiarezza**.

È evidente che, quando si usano le parole di legge, vanno usate parole, per così dire, “da scrittore”: l'estetica è etica. Bisogna *dipingere con le parole*, per dirla con Chris Lombardi. Di conseguenza, è indispensabile l'uso del *plain and simple language*, cioè della lingua piana e semplice. È il principio, coniato dal semiologo francese Roland Barthes degli “effetti di realtà”: ogni parola deve essere un abito su misura del concetto che deve essere espresso, senza nessuna forma di distonia tra la *res* e il *verbum*, per riprendere Catone il Censore. Ricordiamo il monito di Mack Twain: “*La parola quasi giusta è sbagliata. Tra la parola giusta e quella quasi giusta c'è la stessa differenza che corre tra la lucciola e la lanterna*”.

Sesto principio, naturalmente, è l'elemento dell'**efficienza**: la legge deve essere idonea a supportare l'amministrazione nel conseguimento del risultato. Si staglia, quindi, il modello dell'amministrazione di risultato, incarnato da una legge che consegna ai decisori pubblici gli strumenti necessari al fine di conseguire il risultato ottimale sul piano economico, qualitativo e temporale.

Settimo profilo – e con questo davvero chiudo e vi ringrazio molto per l'attenzione, per la pazienza ma anche per una componente di eroismo che si dipinge nei vostri occhi, che sono comunque un po' smarriti e che hanno perso quel pieno elemento di umanità che avevano tre ore fa – è la **multidisciplinarietà**.

Abbiamo chiamato, nella commissione del codice, un italianista dell'Accademia della Crusca, il professor Federico Bambi, per dare un elemento di tecnicismo letterario. Abbiamo chiamato anche gli ingegneri per gli aspetti della progettazione, gli economisti per gli aspetti finanziari.

La ragione è lampante: un codice, un vero codice, non può essere frutto soltanto del sapere giuridico, sapere disperatamente insufficiente in quanto sovrastrutturale rispetto alla realtà, ma deve invece, in qualche misura, essere sublimato e “baciato” dai saperi collegati.

E allora, in definitiva, emerge una considerazione: il Consiglio di Stato, nonostante la mia presenza che è stata certamente un elemento di debolezza, ha sempre mirato e sempre mirerà a un obiettivo, meravigliosamente utopistico, cioè la necessità che il diritto sia una soluzione ai problemi e non, come troppo spesso accade, il problema da risolvere.

Grazie.