

Portata, origine e sviluppo del principio di legalità nel diritto amministrativo

(Tesi di Master)

di

Filippo Contarini

Matricola 05-917-653

Zürichstrasse 36

6004 Lucerna

Nat.: 076 408 91 14

filippo.contarini@stud.unilu.ch

19 marzo 2012

Redatto sotto la supervisione del Magnifico Rettore Prof. em. Dr. iur. Paul Richli
semestre primaverile 2012, Università di Lucerna

Indice

Tavola delle fonti	V
Tavola delle abbreviazioni.....	XI
A. Introduzione.....	1
B. Norme e principi.....	3
1. Il concetto di norma giuridica	3
2. Strutture normative.....	4
2.1. <i>Le norme condizionali</i>	4
2.2. <i>Le norme finali</i>	5
2.3. <i>Le norme relazionali</i>	5
3. I parametri della norma	6
3.1. <i>Generalità e astrattezza</i>	6
3.2. <i>Individualità e concretezza</i>	7
4. Il problema dell'indeterminatezza della lingua.....	7
4.1. <i>L'interpretazione e la precomprensione</i>	7
4.2. <i>L'argomentazione</i>	8
4.3. <i>I concetti giuridici indeterminati e la ponderazione degli interessi</i>	9
5. Il principio, o la ridondanza nel sistema giuridico	10
C. La legge e il suo ruolo nello Stato.....	11
1. Una parola nella linea del Tempo	11
2. La legge nel sistema politica	12
2.1. <i>L'attività legislativa dello Stato</i>	12
2.2. <i>La legge tra materia e forma</i>	12
2.3. <i>E le altre fonti?</i>	13
3. Lo Stato di diritto	14
3.1. <i>Lo Stato come produttore di diritto</i>	14

3.2.	<i>L'uguaglianza</i>	15
3.3.	<i>La certezza del diritto (o sicurezza giuridica)</i>	15
3.4.	<i>Altri principi</i>	16
4.	La suddivisione dei poteri	17
4.1.	<i>Il tempo moderno e la supremazia della legge</i>	17
4.2.	<i>Il ritorno dell'autorità del governo e la diatriba GIACOMETTI/SCHINDLER</i>	17
4.3.	<i>La dottrina odierna sulla divisione dei poteri</i>	18
5.	La democrazia come sistema legittimante	19
5.1.	<i>Una persona, un'opinione, un voto</i>	19
5.2.	<i>La tecnica legislativa, la rapidità e l'efficacia come alternative legittimanti</i>	20
D.	Il principio di legalità nella Costituzione scritta	21
1.	Legalità nello Stato di diritto (art. 5 cpv. 1 Cost.).....	21
2.	Legalità nei limiti dei diritti fondamentali (art. 36 cpv. 1 Cost.)	22
3.	Forma degli atti e legislazione (artt. 163 e 164 Cost.)	23
3.1.	<i>Tra norme importanti e fondamentali - art. 164 cpv. 1 Cost.</i>	24
a)	La teoria dell'essenzialità	24
b)	I dubbi lessicali della versione definitiva	25
3.2.	<i>La legge delega - art. 164 cpv. 2 Cost.</i>	27
3.3.	<i>Forma degli atti - Art. 163 cpv. 1 Cost.</i>	27
a)	Leggi e ordinanze	27
b)	I tipi di ordinanza.....	28
4.	Competenze normative del CF (art. 182 Cost.).....	29
E.	Il contenuto del principio di legalità.....	31
1.	Struttura del principio.....	31
1.1.	<i>Il requisito della norma (anche chiamato "riserva di legge")</i>	31
a)	Norma generale-astratta.....	31
b)	Precisione della norma.....	32
c)	Densità normativa.....	33
1.2.	<i>Requisito della forma della legge (anche chiamato "primato della legge")</i>	34

a)	Il rispetto della legge da parte di tutte le autorità	34
b)	L'autorità competenze all'emanazione della norma	34
c)	La norme importanti (o fondamentali)	34
1.3.	<i>La delega di legge</i>	36
a)	Il concetto	36
b)	Per una critica	36
c)	Chi sono le autorità delegate?.....	37
2.	Dove vige un principio di legalità allentato	38
3.	Giustiziabilità	39
4.	Legalità della Costituzione?	40
F.	Lo sviluppo verso il domani	42
1.	La prima svolta: la legalità nell'amministrazione promozionale	42
1.1.	<i>La legge nello Stato del benessere</i>	42
1.2.	<i>La DTF 103 Ia 369 (Wäffler): una sentenza epocale</i>	42
1.3.	<i>L'analisi</i>	44
2.	Il New public management	45
2.1.	<i>Delineamenti principali</i>	45
2.2.	<i>La legalità per gli enti autonomi</i>	46
2.3.	<i>L'organizzazione dell'amministrazione e la giurisdizione</i>	46
2.4.	<i>La valutazione</i>	47
3.	La governance, la micropolitica, il diritto riflessivo e le nuove sfide	48
G.	Compendio	50

Tavola delle fonti

Citazioni: Le seguenti opere sono, quando non è detto altro, citate con il cognome dell'autore con numero(i) di pagina(e) o marginale(i).

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS	Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967 (cit. AUBERT, traité, N ...)
AUBERT JEAN-FRANÇOIS, ET AL. (CUR.)	Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, Basilea 1987-1996 (cit. Commentaire, AUTORE, art. ... N ...)
AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL	Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999, Zurigo 2003 (cit. Petit comm., AUTORE, art. ... N ...)
BARALDI CLAUDIO, CORSI GIANCARLO, ESPOSITO ELENA	Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali, Milano 2002
BERTI STEPHEN	Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Basilea 2011
BOBBIO NORBERTO	Teoria generale del diritto, Torino 1993 (cit. BOBBIO, teoria, p. ...)
BOBBIO NORBERTO	Contributi ad un dizionario giuridico, Torino 1994 (cit. BOBBIO, contributi, p. ...)
BONZURS, LIENHARD ANDREAS	Staatsrechtliche Kernfragen der wirkungsorientierten Steuerung in den Kantonen, ZBl 2001, pp. 1 ss.
CARONI MARTINA, HESELHAUS SEBASTIAN, MATHIS KLAUS, NORER ROLAND (CUR.)	Auf der Scholle und in lichten Höhen, Verwaltungsrecht-Staatrecht-Rechtssetzungslehre, misc. Richli, Zurigo 2011 (cit. RICHLI, Scholle, p. ...)
DE ROSSA GISIMUNDO FEDERICA	Il servizio pubblico, strumento di effettività dei diritti fondamentali del cittadino, Zurigo-Basilea-Ginevra 2009
DREIER, HORST	Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive, Rechtstheorie 14 (1983), pp. 419 ss.

-
- DUSS, VANESSA Gericht, Gesetz und Grundsatz : Entstehung und Funktion von Prinzipien des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts vor und nach Einführung der zivilrechtlichen Kodifikationen (OR und ZGB), Zurigo 2009
- ENGI LORENZ Neue Verwaltungsrechtswissenschaft und schweizerisches Verwaltungsrecht, ZBl 2010, pp. 153 ss.
- FLEINER FRITZ Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923 (cit. FLEINER, Bundesstaatsrecht, p. ...)
- FLEINER THOMAS Die Spannung von Rechtssetzung und Rechtssprechung, in: RICHLI, Scholle, pp. 765 ss. (cit. FLEINER, Spannung, p. ...)
- FLÜCKIGER ALEXANDRE L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois, in : Ress, t. 45, 2007, n° 138, pp. 83 ss.
- FORSTMOSER PETER,
VOGT HANS-UELI Einführung in das Recht, Berna 2008 (cit. FORSTMOSER/VOGT, § ... N ...)
- GIACOMETTI ZACCARIA Das selbstständige Rechtsverordnungsrecht des Bundesrates, SJZ 17 1934/35, pp. 257 ss. (cit. GIACOMETTI, selbstständige, p. ...)
- GIACOMETTI ZACCARIA Zur Frage der Verfassungsmässigkeit eines selbstständigen Polizeiverordnungsrechts des Bundesrates, SJZ 24 1934/35, pp. 369 ss. (cit. GIACOMETTI, Verfassungsmässigkeit, p. ...)
- GIACOMETTI ZACCARIA Über das Rechtsverordnungsrecht im schweizerischen Bundesstaate, in: GIACOMETTI ZACCARIA (EDIT.), Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, Tubinga 1927, pp. 360-399 (cit. GIACOMETTI, Rechtsverordnungsrecht, p. ...)
- HÄFELIN ULRICH,
MÜLLER GEORG,
UHLMANN FELIX Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurigo 2010
- HALLER WALTER,
KÖLZ ALFRED,
GÄCHTER THOMAS Allgemeines Staatsrecht, Basilea 2008
- HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL Introduzione alla storia del diritto europeo, Bologna 2003
- JELLINEK, GEORG Gesetz und Verordnung, staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, Tübingen 1919

-
- KÄLIN WALTER,
EPINEY ASTRID,
CARONI MARTINA,
KÜNZLI, JÖRG Völkerrecht, eine Einführung, Berna 2006
- KELSEN HANS Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, Tübingen 2008
- KIENER REGINA,
KÄLIN WALTER Grundrechte, Berna 2007
- KINDERMANN HARALD Symbolische Gesetzgebung, in: JbRSoz, volume 13, 1988, pp. 225 ss.
- KLEY ANDREAS Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zurigo 2011
- KUNZ KARL-LUDWIG,
MONA MARTINO Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, Berna 2006
- LEISNER WALTER Effizienz als Rechtsprinzip, in: Recht u. Staat, 402/403, 1971
- LIENHARD ANDREAS Legalitätsprinzip und Delegationsgrundsätze, in: ius.full 2005, pp. 101 ss.
- LIENHARD ANDREAS,
ZIELNIEWICZ AGATA Zum Legalitätsprinzip bei Einzelfallsubventionen, in: RICHLI, Scholle, pp. 451 ss.
- LUHMANN NIKLAS Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1995 (cit. LUHMANN, Recht, p. ...)
- LUHMANN NIKLAS Juristische Argumentation: Eine Analyse ihrer Form, in: TEUBNER, Rechtsgründe, pp. 9 ss. (cit. LUHMANN, Argumentation, p. ...)
- MANNORI LUCA,
SORDI BERNARDO Storia del diritto amministrativo, Roma/Bari 2001
- MASTRONARDI PHILIPPE Verfassungslehre, allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat, Berna 2007
- MOOR PIERRE Du modèle de la séparation des pouvoirs à l'évaluation des politiques publiques, in: ZEN-RUFFINEN MARCO, AUER ANDREAS, De la Constitution, misc. AUBERT, Basilea e Frankfurt am Main 1996 (cit. MOOR, modèle, p. ...)
- MOOR PIERRE Für eine mikropolitische Theorie des Rechts, Berna/Baden-Baden 2011 (cit. MOOR, mikro, p. ...)

-
- MORAND CHARLES-ALBERT Eléments de légistique formelle et materielle, in : MORAND CHARLES-ALBERT, *Légistique formelle et materielle, Formal and legal legistic*, Aix-en-Provence 1999 (cit. MORAND, éléments, p. ...)
- MORAND CHARLES-ALBERT La fin des règles fixes, in : *Ress*, t. 34, 1996, n° 106, pp. 195 ss. (cit. MORAND, fixes, p. ...)
- MÜLLER GEORG Funktionen des Legalitätsprinzips im Organisationsrecht, in: BERCHTOLD DOROTHÉE, HOFMEISTER ALBERT (CUR.), *Die öffentliche Verwaltung im Spannungsfeld zwischen Legalität und Funktionsfähigkeit: Schnittstellen Verwaltungsrecht und -management*, Berna 1999 (cit. MÜLLER, Funktionen, p. ...)
- MÜLLER GEORG Recht setzen . Recht anwenden, in: RICHLI, Scholle, pp. 753 ss. (cit. MÜLLER, Recht, p. ...)
- MÜLLER GEORG Möglichkeiten und Grenzen der Verteilung der Rechtssetzungsbefugnisse im demokratischen Rechtsstaat, *ZBI* 1998, pp. 1 ss. (cit. MÜLLER, Möglichkeiten, p. ...)
- MÜLLER GEORG Elemente einer Rechtssetzungslehre, *Zurigo* 2006 (cit. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, N ...)
- MÜLLER JÖRG PAUL Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Berna 1982 (cit. MÜLLER, Grundrechtstheorie, p. ...)
- MÜLLER JÖRG PAUL,
MÜLLER STEFAN Grundrechte, besonderer Teil, Berna 1985
- MÜLLER MARKUS Verwaltungsrecht, Eigenheit und Herkunft, Berna 2006 (cit. MÜLLER, Eigenheit, p. ...)
- RAISER THOMAS Grundlagen der Rechtssoziologie, Tübingen 2009
- RHINOW RENÉ Die Bundesverfassung 2000, eine Einführung, Basilea 2000 (cit. RHINOW 2000, p. ...)
- RHINOW RENÉ,
KOLLER HEINRICH,
KISS CHRISTINA
THURNHERR DANIELA
BRÜHL-MOSER DENISE Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, Basilea 2010 (cit. RHINOW, Prozessrecht, N ...)
- RICHLI PAUL Zu den Entfaltungsmöglichkeiten den New Public Management in der Verwaltungsrechtspflege, *ZBI* 1997, pp. 289 ss. (cit. RICHLI, Entfaltungsmöglichkeiten, p. ...)

-
- RICHLI PAUL Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung: ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat, Basilea 2000 (cit. RICHLI, Daumenregeln, p. ...)
- ROUILLER CLAUDE Le principe de la légalité en droit public suisse, IN : MORAND CHARLES-ALBERT (CUR.), La légalité, un principe à géométrie variable, Basilea/Frankfurt am Main 1992, pp. 77 ss.
- SCHINDLER DIETRICH Die selbstständige Polizeiverordnung nach schweizerischem Recht, SJZ 20 1934/35, pp. 305 ss.
- SCHNEIDER ULRICH Legalitätsprinzip und finales Recht, diss. Berna 2001
- SCOLARI ADELIO Diritto amministrativo, parte generale, Cadenazzo 2002
- SEILER HANSJÖRG Gewaltenteilung, allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Berna 1994
- SUTTER-SOMM KARIN Legalitätsprinzip und New Public Management (NPM), LeGes 1998/2/3, pp. 47 ss.
- TEUBNER GUNTHER Folgenorientierung, in: TEUBNER, Rechtsgründe, pp. 9 ss. (cit. TEUBNER, Folgenorientierung, p. ...)
- TEUBNER GUNTHER (CUR.) Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 1995 (cit. TEUBNER, Rechtsgründe, p. ...)
- TEUBNER GUNTHER, WILLKE HELMUT Kontext und Autonomie, Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, ZRSoz 6 (1984) 1, pp. 4 ss.
- THÜRER DANIEL, AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MÜLLER JÖRG PAUL (CUR.) Verfassungsrecht der Schweiz, droit constitutionnel suisse, Zurigo 2001 (cit. Verfassungsrecht, AUTORE, § ... N ...)
- TSCHANNEN PIERRE, ZIMMERLI ULRICH, MÜLLER MARKUS Allgemeines Verwaltungsrecht, Berna 2009 (cit. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § ... N ...)
- TSCHENTSCHER AXEL Grundprinzipien des Rechts, Einführung in die Rechtswissenschaft mit Beispielen aus dem schweizerischen Recht, Berna 2003
- WALDMANN BERNHARD, WEISSENBERGER PHILIPPE VwVG - Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurigo 2009 (cit. Praxiskommentar, AUTORE, art. ... N ...)
- WIEDERKEHR RENÉ Die Wesentlichkeitstheorie gemäss Art. 164 BV im Lichte der Verwaltungspraxis, recht 2007, pp. 25 ss.

- WILLKE HELMUT Trois types de structure juridiques : programmes conditionnels, programmes finalistes et programmes relationnels, in: MORAND CHARLES-ALBERT, L'Etat propulsif, Paris 1991
- WISMANN HEINZ Der Begriff des Gesetzes bei Hesiod und den Vorsokratikern, in: BOCK WOLFGANG (CUR.), Gesetz und Gesetzlichkeit in den Wissenschaften, Darmstadt 2006
- ZIMMERLI ULRICH Das Gesetzmässigkeitsprinzip im Verwaltungsrecht, recht 2 (1984), pp. 73 ss.

Tavola delle abbreviazioni

AF	Assemblea federale
art.	articolo
artt.	articoli
BNS	Banca Nazionale Svizzera
BU	Bollettino Ufficiale dell'AF
c.	considerando
c.d.	combinato disposto
cap.	capitolo
CC	Codice Civile svizzero del 10 dicembre 1907 (RS 210)
CEDU	Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (RS 0.101)
CF	Consiglio Federale
cfr.	confronta
CHF	franchi svizzeri
cit.	citato
Conf.	Confederazione elvetica
Cost.	Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (RS 101)
cpv.	capoverso
cur.	curatore(i)
Disegno Cost.	Disegno di una Costituzione federale della Confederazione svizzera (FF 1997 I 561)
diss.	Dissertazione di Dottorato
DTF	Raccolta ufficiale delle decisioni del Tribunale federale (Berna, già Losanna)
ecc.	eccetera
FF	Foglio federale
ius.full	ius.full, Forum für juristische Bildung (Zurigo)
Jass	Gioco nazionale, v. CF, AF, BNS

JbRSoz	Jahrbuch für rechtssoziologie, rechtstheorie gesetzgebungstheorie und rechtspolitik (Opladen)
Lco	Legge sulla consultazione del 18 marzo 2005 (RS 172.061)
LeGes	LeGes, Gesetzgebung & Evaluation (Berna)
let.	Lettera
lett.	Lettere
LF	Legge Federale
LOGA	Legge sull'organizzazione del governo e dell'amministrazione del 21 marzo 1997 (RS 172.010)
LParl	Legge sul Parlamento del 13 dicembre 2002 (RS 171.10)
LPubl	Legge sulle pubblicazioni ufficiali del 18 giugno 2004 (RS 170.512)
LTAF	Legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale (RS 173.32)
LTF	Legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 (RS 173.110)
Messaggio Cost.	Messaggio concernente la revisione della Costituzione federale del 20 novembre 1996 (FF 1997 I 1)
misc.	Miscellanea in onore di ...
N	numero(i) marginale(i)
n.b.	nota bene
n°	numero
ndr.	nota dei redattori
NPM	new public management
npp.	nota a piè di pagina
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zurigo)
p.	pagina
p.e.	per esempio
par.	paragrafo
pp.	pagine
recht	recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Berna)
Recht u. Staat	Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart (Tübingen)
Rechtstheorie	Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik und juristische Methodenlehre, Rechtsinformatik, Kommunikationsforschung, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts (Berlin)

Ress	Revue européenne des sciences sociales (Ginevra)
RS	Raccolta Sistemática del diritto federale
RU	Raccolta Ufficiale delle leggi federali
s.	e seguente (pagina, numero a bordopagina, articolo, ecc.)
SA	Società Anonima
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zurigo)
ss.	e seguenti (pagine, numeri a bordopaina, articoli ecc.)
TAF	Tribunale amministrativo federale
TF	Tribunale federale svizzero
UE	Unione Europea
v.	vedi
vCost.	Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 29 maggio 1874 (abrogata)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zurigo)
ZRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie (Stuttgart)

A. Introduzione

“Lo Stato grazie alle leggi è in grado di gestire la società”. Questo *mantra* è altamente diffuso nell’immaginario collettivo, ci sono forti aspettative nelle capacità della politica di regolare questioni artistiche, ambientali, economiche, scolastiche, religiose, pianificatorie, militari. La legge sarebbe lo strumento cardine dell’azione statale, anzi lo Stato servirebbe proprio a creare leggi: grazie alla loro creazione da parte dei parlamenti i “problemi” si potrebbero risolvere in un sol colpo. Basterebbe scrivere alcune parole nere su bianco su un foglio di carta per cambiare, migliorare, limitare i fenomeni sociali.

Chiaramente questa è una fantasia che l’ideologia dello Stato ha voluto costruire per auto-legittimarsi. L’ideologia della legge come panacea di tutti i mali si scontra frontalmente con una realtà che non accetta di cambiare solo per qualche parola posta dalla politica. Nel diritto amministrativo in particolare questa cruda constatazione viene rafforzata con l’aumento delle analisi di efficacia dell’azione statale. Ci si è chiesti quanto effettivamente lo Stato riesce ad ottenere creando regole di comportamento, e si è messo così a nudo i limiti dell’ideologia legalista.

La legge, che vorrebbe essere una previsione del futuro, si scontra frontalmente con l’imprevedibilità della realtà. E quindi i risultati di compromessi, dibattiti, campagne, votazioni, non riescono a dare quel sentimento di stabilità che vorrebbero con l’emanazione di norme generali e astratte. Se a questo si associa l’inevitabile impossibilità che ha la politica di affrontare le problematiche in modo imparziale, si arriva a risultati desolanti.

Si pensi al caso UBS¹, uno dei più evidenti fallimenti della capacità dello Stato di legiferare in modo efficace. Limitato nella sua azione a causa di legami fin troppo profondi tra politica e sistema bancario, nonché per una politica ideologicamente fin troppo chiaramente schierata, nessuna legge sul comportamento dello Stato in questi casi è stata creata in previsione della catastrofe del possibile fallimento di quest’azienda di rilevanza sistemica.² La più grande evidenza economica che la Svizzera poteva facilmente prevedere (“se UBS fallisce, la Svizzera

¹ Nel 2008, con il fallimento di Lehmann Brothers Holding Inc., si è scatenata una crisi finanziaria di portata storica. Il sistema bancario si è ritrovato in uno stallo creditizio, mettendo sotto pressione la solvibilità di alcune grandi banche globali. Un fallimento di UBS SA, la più grande banca svizzera in quel periodo, avrebbe probabilmente comportato una crisi economica senza precedenti in Svizzera. Il CF e la BNS sono intervenuti finanziariamente per sostenere economicamente questa banca privata.

² V. RICHLI, *Die Banken als Knacknuss für die Wirtschaftsverfassung*, NZZ 29.4.2010, p. 23, che analizza le possibilità di muoversi del legislatore in questi casi.

fallisce”) non è stata pensata dallo Stato, che si è ritrovato a dover gestire l’imprevisto nella sua specificità, nella sua individualità.³

Il caso UBS mette a nudo i limiti della regolamentazione statale in tutta la sua tragicità. La legge è una creazione umana e in quanto tale parziale, limitata e lacunosa per definizione, oggi perlomeno è stato palesato anche nell’opinione pubblica. Questo però vale nell’economia come nella gestione scolastica. Nella pianificazione energetica come nell’incentivazione dell’arte. Nella gestione del territorio come nell’amministrazione dei trasporti. È chiaro quindi che sempre più è necessario chiedersi fino in fondo cosa significhi l’art. 5 cpv. 1 della Costituzione della Confederazione svizzera quando, positivizzando il principio di legalità, afferma che “il diritto è fondamento e limite dell’attività dello Stato”.

Il nostro obiettivo è quindi dare uno sguardo dottrinale sulla portata, sulle origini e sullo sviluppo del principio di legalità. Quel’è il significato teorico di questo principio? Quali sono i suoi effetti? Si possono tracciare delle linee di continuità nell’azione statale recente e passata? Ci sono spazi per delle critiche costruttive e delle evoluzioni alternative?

Nella nostra ricerca ci occuperemo comunque esclusivamente della questione sotto un’ottica di “normalità”, non verrà qui studiata la legalità in tempi estremi ed eccezionali (affrontati in genere con il diritto d’emergenza).⁴ Lo studio del principio di legalità si muove infatti in un contesto sfaccettato, il principio coinvolge ambiti diversissimi del diritto amministrativo ed esso stesso si contraddistingue per una valenza plurima. Per questioni di ampiezza siamo quindi obbligati a limitare i margini di analisi.

Allo stesso modo si rinuncia in questa sede ad approfondire il rapporto tipicamente elvetico tra Confederazione e cantoni, come si rinuncia ad un’analisi della validità del principio di legalità a livello cantonale. Infine, si deve purtroppo astenersi pure da un’approfondita analisi della legalità analizzata dall’aspetto del diritto internazionale. Nonostante il tema sia di grandissima attualità (si pensi ad esempio alle enormi problematiche relative ai rapporti con l’UE) non si riuscirebbe a dare uno sguardo esaustivo nella limitatezza dello spazio a disposizione per questa ricerca.

³ Alla fine è stato deciso un “pacchetto di salvataggio” di 60 miliardi di CHF, di cui 54 della BNS e 6 della Confederazione, questi stanziati addirittura utilizzando la clausola d’emergenza, v. WABER, *Staatliches Hilfspaket für den Finanzplatz Schweiz*, NZZ 17.10.2008, p. 1; il diritto d’emergenza non è oggetto di questa ricerca, pare però qua corretto indicare che alla fine il CF ha emanato infine il 15 ottobre 2008 l’Ordinanza sulla ricapitalizzazione di UBS SA (RU 2008 4741) basandosi sulla clausola d’emergenza dell’art. 185 cpv. 3 Cost., abrogata poi il 20 gennaio 2010 (RU 2010 447).

⁴ Sebbene si potrebbe sì affermare che la realtà è sì sempre estrema ed eccezionale.

B. Norme e principi

La norma⁵ giuridica è l'oggetto di studio principale della giurisprudenza nonché il concetto base su cui si pone la legge.⁶ Nel corso dei secoli si sono accostate innumerevoli concezioni della norma, ognuna condizionata dalla sua natura culturale,⁷ a cui qui non potrò dare spazio. Deve però essere riferita la cesura compiuta dal “giurista del secolo”⁸ HANS KELSEN nel suo *reine Rechtslehre*, che ne delinse una definizione per cui non ci fosse spazio per sfaccettature trascendentali o metafisiche.⁹ Come lui, anche noi cercheremo nella nostra analisi di rifarci a una visione positiva e contingente della realtà e della norma giuridica.

1. Il concetto di norma giuridica

Tendenzialmente la norma viene descritta come una proposizione prescrittiva, un atto comunicativo la cui funzione è influenzare i comportamenti di altri esseri umani verso un determinato obiettivo.¹⁰ Posta così è quindi una regola di condotta sociale che in genere cerca di imporre comandi, divieti, permessi, esenzioni, incentivi, prestazioni, compensazioni, eventualmente informazioni.¹¹

La norma quindi si contrappone alla realtà, oppone un desiderio umano, un dover essere, all'essere fattuale.¹² È per questo uno strumento usato in vari ambiti, come ad esempio nella morale, nel costume, nel mercato, nella tradizione, nella logica;¹³ se assume però caratteristiche particolari diviene giuridica.¹⁴ Per BOBBIO esse sono la imperatività coattiva esterna organizzata.¹⁵

⁵ La parola deriva dal greco *nomos*, a sua volta originato dal verbo greco *nemo*, che esprime l'idea che delle cose vengano suddivise e ha valenza di lettura divinizzata del reale, v. WISMANN, pp. 1 e 8

⁶ BOBBIO, contributi, diritto pp. 347 ss.; KUNZ/MONA, 2 N 14 fa notare che le norme sono solo punti fissi di un avvenimento interattivo in cui si sviluppa il diritto. Se quindi la scienza studia le norme, non bisogna confondersi e pensare che il diritto sia un insieme di tutte le norme esistenti. Da un punto di vista teorico è necessario distinguere i due lemmi “norma” e “legge”, non fosse altro per avere la precisione lessicale necessaria per un lavoro scientifico.

⁷ La “Storia dei dogmi” è sempre pericolosa. Se la Storia in sé è sempre una narrazione parziale che riferisce a usi e convenzioni il cui senso oggi non c'è più, è però pur vero che determinate parole sono tramandate nei secoli. Non si può ignorare che la Storia funge da elemento legittimante, va esposto almeno parzialmente l'utilizzo cui queste parole sono state soggette, cercando di individuarne il contesto sociale. Cfr. HESPANHA, p.p. 39 ss.

⁸ DREIER, p. 420.

⁹ KELSEN, p. 26; v. anche KUNZ/MONA, 2 N 74.

¹⁰ BOBBIO, teoria, p. 6.

¹¹ Cfr. BOBBIO, teoria pp. 49 ss.; MÜLLER, Rechtssetzungslehre, N 120.

¹² KUNZ/MONA 2 N 4 ss.

¹³ Cfr. TSCHENTSCHER pp. 38 ss. propone una lista più ampia: religione e ai costumi, alla tradizione, alla moda, alla logica, al mercato.

¹⁴ D'ora in avanti utilizzeremo il concetto di “norma” sempre riferito alla norma giuridica, in particolare quella generale ed astratta (su questa distinzione vedi sotto cap. B 3.1). Dove se ne intendano altre forme, esso sarà specificato.

¹⁵ BOBBIO, contributi, p. 77; KUNZ/MONA, 2 N6, parlano di validità generale, autorità e vincolatività. Ci sono però anche altri modi di definirne la giuridicità, ad esempio osservando la norma come una comunicazione che

Bisogna fare attenzione in questo contesto a distinguere la norma in sé da quella posta dallo Stato. La mitizzazione del passaggio della legittimazione giuridica, con la fine della dominazione della religione e del diritto nella società, allo Stato volontarista monopolista nella creazione di norme è infatti riduttiva.¹⁶ L'evoluzione della società e il drammatico aumento della complessità dei sistemi ipertecnicizzati hanno messo a nudo le difficoltà che lo Stato ha a capire gli altri sistemi sociali e quindi a regolarli.¹⁷ Qualsiasi pretesa di efficacia della norma, ovvero di capacità di gestire la condotta in modo concreto, potrebbe venire a cadere tradendo quindi le aspettative.¹⁸ A fronte di queste difficoltà sono quindi state sviluppate strutture normative alternative rispetto a quella classica, esposte qui di seguito.

2. *Strutture normative*

Possiamo riconoscere tre strutture normative principali, che segnano pure l'evoluzione delle diverse concezioni giuridiche che si sono avvicendate nel tempo.¹⁹

2.1. **Le norme condizionali**

La norma classica, quella cui in genere si fa riferimento quando si parla di “norma giuridica generale e astratta”, si chiama norma condizionale e segue uno schema programmatico del tipo “se... (succede qualcosa) allora...(deve succedere qualcos'altro)”.

Questa struttura è il cardine concettuale dello statalismo positivista e dell'ideologia liberale dell'uguaglianza formale, che vogliono uno Stato di diritto e una democrazia forti e interventisti, in cui la norma è creata dallo Stato secondo un procedimento razionale “a tavolino” (deduttivo e non induttivo) a cui tutti sono sottoposti in egual misura.²⁰ Sono le norme condizionali, infatti, quelle che si adattano meglio al procedimento sillogistico, dai giuristi chiamato sussunzione, che permette di “sottoporre” un caso singolo a una norma generale- astratta. A

svolge una funzione operativa (codice e programma) nel sistema diritto, è quindi giuridica in quanto storicamente sistemica e non per determinate caratteristiche esterne, v. LUHMANN, *Recht*, p. 49.

¹⁶ HESPANHA, p. 217.

¹⁷ WILLKE, p. 66 e 72.

¹⁸ Già Kelsen sosteneva che la norma per essere valida abbisogna di un minimo di efficacia, v. FLÜCKIGER p. 86; si parla veementemente di efficacia nel diritto pubblico tedesco già dal 1945, soprattutto considerando la tendenza a creare uno Stato di diritto normativo con meno lacune possibili, facendo quindi diventare la norma lo scopo stesso dello Stato, LEISNER, pp. 13 s.

¹⁹ Si noti che non tutti approvano questa evoluzione, vedi p.e. MÜLLER, *Rechtssetzungslehre*, N 112.

²⁰ Per un delineamento dell'evoluzione della norma in questo senso v. HESPANHA, pp. 235 ss. e 244; ma ancora oggi c'è chi pensa così, v. FLEINER, *Spannung*, p. 772, che afferma che i giudici devono guardare al passato, mentre il legislatore al futuro, ribadendo che “*Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung sind integrierende Elemente der klassischen Jurisprudenz*” (p. 778). Noi vogliamo contestare fortemente questo modo di vedere le cose, se non altro ricordando che l'attività giudiziale è sempre creativa di normatività.

fronte di un conglomerato di fatti (individuali e concreti) e di una norma data, il giurista può compiere un ragionamento logico che gli permetta di “combinare” quelli con questa.²¹

2.2. Le norme finali

Come alternativa a questa rigidità sono sorte le norme finali. Anch'esse sono proposizioni prescrittive poste dallo Stato, ma identificano un obiettivo prefissato, senza indicare quale debba essere la strada da seguire per ottenerlo. Sono quindi norme indirizzate all'amministrazione o ad altri enti, in modo tale che decidano in seguito gli interventi più adeguati da compiere o gli strumenti da utilizzare. Il programma “se... allora...” non è qui necessario e cade il bisogno di generalità e astrattezza.²²

Il superamento dell'ideologia positivista, dato probabilmente dalla delusione delle aspettative sollevate attraverso le norme condizionali, ha permesso un ampio uso di quelle finali. Ciò che però non è cambiato, nonostante siano stati inseriti dei meccanismi di auto-comprensione nel sistema legale, è l'idea che stava alla base, ovvero che la forza normativa dello Stato potesse effettivamente controllare i soggetti sottoposti. L'osservazione che anche queste norme sarebbero inefficaci di fronte alla complessità del mondo ha però portato a proporre un'evoluzione ulteriore.²³

2.3. Le norme relazionali

L'ultima evoluzione della scienza legistica propone come strumento normativo le norme relazionali. Va detto che il pensiero alla base di queste non segue quello delle altre due strutture appena viste. A causa della (presunta?) consapevolezza dello Stato della sua incapacità di regolare la condotta dei soggetti sottoposti alla norma, esso si adegua alla realtà e decide di interagire in modo alternativo con gli altri sistemi sociali (economia, religione, arte, scienza, musica, ...), riconoscendo loro una capacità autoregolativa.²⁴

Lo Stato non è quindi più sopra, ma sullo stesso piano degli altri sistemi sociali. Non si lascia tutto a loro, si fa in modo da oltrepassare l'antitesi autonomia/contesto²⁵ L'idea stessa di normatività allora cambia, la definizione proposta da BOBBIO non è più attinente a questa evoluzione. Lo Stato infatti qua non gestisce più il futuro della condotta dei soggetti, non impartisce sanzioni. Ma non è anarchia, si segue qua piuttosto una terza via.

²¹ Per approfondire vedi TSCHENTSCHER, pp. 72 ss.

²² TSCHENTSCHER, p. 104; Schneider, p. 97.

²³ WILLKE, pp. 78 ss.

²⁴ CFR. WILLKE, pp. 81 ss., che propone un approccio alla problematica prossimo alla teoria dei sistemi di LUHMANN. Per un'introduzione più approfondita alla tematica luhmaniana uno per tutti RAISER, pp. 119 ss.

²⁵ TEUBNER/WILLKE, p. 6.

Lo Stato nella sua incapacità intrinseca di regolare la società e quindi di adempiere alle aspettative, cerca allora strumenti di interazione con gli altri sistemi. In particolare vengono sviluppate nuove forme procedurali, che permettano ai sistemi di autoregolamentarsi, autoorganizzarsi secondo criteri interni e nel contempo essere collegati al contesto e apprendere reciprocamente con gli altri sistemi.²⁶ Ma lo Stato non funge solo funzione di moderatore, cerca al contempo di influenzare (e non controllare) questi sistemi proponendo loro valori alternativi (l'uguaglianza, ad esempio).²⁷

La norma non è quindi qui uno strumento che imponga al soggetto una visione completa delle condizioni di partenza e di arrivo. È piuttosto la presa di coscienza dello Stato della propria limitatezza, facendo così nascere il cosiddetto diritto riflessivo,²⁸ che sancisce la fine della norma giuridica intesa come "mattone base" del procedimento sussuntivo e quindi del principio stesso di legalità.

3. *I parametri della norma*

3.1. **Generalità e astrattezza**

In una concezione piuttosto orientata alla struttura condizionale ("se...allora..."), una norma è generale se contempla un numero indefinito di soggetti che devono sottostarvi ed è astratta se contempla un numero indefinito di casi o azioni che dovrebbero sottostarvi.²⁹ Si tratta di un'informazione che non si preoccupa dell'identità del destinatario né delle circostanze dei fatti, poiché lo scopo della sua emanazione è esattamente quella di dare a una cerchia più ampia possibile di persone un'informazione prescrittiva certa su un futuro incerto. Viene così ridotta la complessità, tipizzandola e schematizzandola, allontanandola però dalla realtà.³⁰

Queste norme danno l'impressione che di fronte alla norma sia garantita l'uguaglianza tra cittadini, per questo esse sono strenuamente difese dai sostenitori dello Stato di diritto e della democrazia.³¹ Nel contempo, però, livellano le differenze esistenti nella realtà.³²

Va però notato che anche la generalità e l'astrattezza sono parziali. Questo per due motivi: anzitutto esse sono costrutti linguistici, assumono quindi significati diversi a seconda

²⁶ WILLKE, p. 82.

²⁷ Cfr. MORAND, éléments, p. 34, che sottolinea in questo senso l'importanza della scienza legistica per ottenere risultati incoraggianti, v. anche HESPANHA, p. 318.

²⁸ TEUBNER/WILLKE, p. 7.

²⁹ BOBBIO, teoria, p. 149; FORSTMOSER/VOGT, § 6 N 119 ss.

³⁰ V. anche FORSTMOSER/VOGT, § 6 N 120, che a dire la verità sembra usi queste parole in modo un po' *naïf*.

³¹ BOBBIO, teoria, p. 149 v. HESPANHA, p. 318 in senso storico.

³² FORSTMOSER/VOGT, § 6 N 124.

dell'interprete.³³ Secondariamente stabilendo generalità e astrattezza si decide di ridurre la complessità. Ogni atto di riduzione è intrinsecamente segnato da una scelta su cosa vada escluso e cosa vada mantenuto come degno di determinante per stabilire la tipizzazione alla base della generalità e dell'astrattezza.³⁴

3.2. Individualità e concretezza

Sempre rimandando perlopiù alla struttura condizionale della norma, possiamo osservare l'individualità come l'esatto opposto della generalità. Solo una persona o solo una cerchia definita di persone viene toccata dalla regola di condotta. Parimenti la concretezza è il contrario della astrattezza, qua si identifica infatti in un conglomerato di fatti ben definito e riscontrabile nella realtà.³⁵

La norma individuale-concreta³⁶ è quindi qui una prescrizione che fa riferimento a una base fattuale data.³⁷ Se la norma generale-astratta in un ragionamento sillogistico dovrebbe essere sopra una determinata realtà, la norma individuale-concreta come *conclusio* di una sussunzione viene dopo.³⁸ La decisione (n.b. anch'essa è una proposizione normativa) pretende di ridurre al minimo le probabilità di un futuro diverso da quello previsto. Chiaramente la sicurezza non è totale, perché la realtà rimane comunque imprevedibile. A questo pro interviene quindi la particolare disciplina dell'esecuzione del diritto, in cui l'incaricato dell'esecuzione smette di agire in modo normativo e interviene fattualmente sulla realtà.³⁹

4. Il problema dell'indeterminatezza della lingua

Le norme, in quanto costrutti linguistici, vanno interpretate. Un'operazione cui si dà peso per poter cogliere il senso della norma, ma ancor più per permettere il processo sussuntivo.

4.1. L'interpretazione e la precomprensione

La dottrina dominante, ma pure il TF, si trincerava dietro al cosiddetto pluralismo dei metodi interpretativi. Secondo questa concezione l'autorità che "applica il diritto", per riuscire a cono-

³³ Se è palese che ci sono casi limite dati in particolare dai concetti giuridici indeterminati o da situazioni di conflitto di coscienza, dobbiamo notare che addirittura quando si parla di numeri (che dovrebbero essere le particelle linguistiche maggiormente condivise nella lingua) si può arrivare a diatribe sul senso della parola. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, N 256, sostiene invece che almeno i numeri sono determinati in assoluto.

³⁴ Questo è tanto più vero, tanto più per giungere alla creazione norma si è utilizzato un percorso logico induttivo piuttosto che deduttivo. Ma anche il percorso deduttivo non è garantista, poiché esso è sempre finto di una idealizzazione del reale, anch'essa quindi parziale e escludente.

³⁵ BOBBIO, teoria, p. 145 ss.; TSCHENTSCHER, p. 22.

³⁶ Che d'ora in avanti chiameremo decisione o sentenza.

³⁷ Vi è da notare che, affinando l'analisi gnoseologica del rapporto dell'interprete con la norma, rileviamo che egli crea i fatti stessi su cui elabora il percorso sussuntivo, cfr. HESPANHA, p. 67.

³⁸ TSCHENTSCHER, p. 79.

³⁹ FORSTMOSER/VOGT, § 6 N 27 ss.

scere il senso della norma utilizzerebbe, senza gerarchia fra di loro, quattro elementi interpretativi: grammaticale, storico, sistematico e teleologico.⁴⁰

Una visione antica, questa, che addirittura possiamo far risalire al periodo romantico di SAVIGNY e alla sua Scuola storica del diritto (nonostante egli fosse contro l'interpretazione teleologica).⁴¹ La realtà è però un'altra. Ognuno interpreta i testi in modo diverso e il risultato dell'interpretazione sarà a sua volta interpretato da terzi in modo diverso. Ma non solo. Ogni volta che lo stesso interprete affronta lo stesso testo la sua interpretazione cambia. In realtà quindi non si "trova" il senso di una norma, se ne crea semplicemente un'altra a immagine dell'interprete.. Affrontare la norma significa porsi con una propria precomprensione su un testo fornito da un terzo, analizzarlo e quindi modificarlo, alterando contemporaneamente anche la propria precomprensione.⁴²

Sorge in questo senso automaticamente un dubbio: il giurista nella sua attività interpretativa si orienta in realtà posticipatamente alla norma, utilizzando, nell'argomentazione giuridica, l'interpretazione come giustificazione per una scelta presa in precedenza? Una domanda rilevante, soprattutto pensando che chi prende decisioni (l'amministrazione) ed emana sentenze (i giudici) vive in un contesto politico e sociale e ha già un'idea delle possibili conseguenze delle scelte prese.⁴³

4.2. L'argomentazione

L'interprete si trova però nella condizione di trasmettere la sua interpretazione e per farlo deve argomentare, trovandosi quindi in una nuova situazione.⁴⁴ Questo è tanto più vero, tanto più è accentuata la pubblicità delle procedure e le decisioni sono osservate.

L'argomentazione nasce come reazione a una divergenza di opinione, il suo strumento sono le motivazioni della decisione presa. Queste motivazioni si ripetono nelle sentenze (provocando un paradosso, siccome infine i motivi che usano devono sempre essere immotivabili nella loro essenza, riconducono sempre a una scelta arbitraria dell'interprete) e sono un mezzo del sistema giuridico per autoconvincersi, per rielaborare le proprie operazioni, per sviluppare la cosiddetta razionalità giuridica, aumentando la ridondanza del sistema e riducendo quindi l'effetto sorpresa.⁴⁵

⁴⁰ TSCHENTSCHER, pp. 107 ss. e 114 s., DTF 131 III 314.

⁴¹ TSCHENTSCHER, p. 107.

⁴² Parliamo qua del circolo ermeneutico e delle precomprensioni dell'interprete Vedi KUNZ/MONA, 6 N 37 ss.; TSCHENTSCHER p. 67.

⁴³ KUNZ/MONA, 6 n 39; FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 147.

⁴⁴ LUHMANN, Argumentation, p. 26: "l'interpretazione è un'operazione mentale, l'argomentazione è comunicativa", quindi sociale.

⁴⁵ LUHMANN, Argumentation, p. 28

Questa constatazione è importante, a nostro vedere, per confrontarci con una problematica importante delle norme: ovvero l'uso di concetti giuridici indeterminati e il richiamo alla ponderazione di interessi.

4.3. I concetti giuridici indeterminati e la ponderazione degli interessi

Come detto, nell'ideologia statalista liberale la sicurezza giuridica e l'uguaglianza sono al centro. Si tende a considerarle in pericolo nel momento in cui si utilizza una norma giuridica indeterminata (ovvero quando si usano parole poco condivise -non i numeri quindi- che permettono ampie divergenze sulle premesse di una conseguenza giuridica o sulla conseguenza giuridica stessa).⁴⁶

Quando si usano i concetti indeterminati ci si trova di fronte a una autoreferenzialità normativa. L'argomentazione cerca allora motivazioni all'interno del sistema per mantenere la ridondanza necessaria e garantire quindi la consistenza delle decisioni nonostante i pochi appigli dati dalla lingua usata nella norma.⁴⁷

Non è molto diverso nell'ambito della ponderazione degli interessi. Quando la norma lascia spazi decisionali all'autorità (con formule potestative [... può decidere se ...] oppure con la scelta fra diverse conseguenze giuridiche o fra diverse fattispecie)⁴⁸ esse devono in ogni caso motivare la scelta e uno degli appigli più importanti a cui possono rifarsi è proprio la ponderazione degli interessi. In questo caso si permette l'eteroreferenzialità normativa, per cui si osserva ciò che succede fuori, nell'ambiente, senza però permettere che le valutazioni dell'ambiente penetrino nel sistema. Si osserva solo quanto gli interessi siano percepiti.⁴⁹

Gli spazi di movimento lasciati da chi pone la norma non devono quindi fare paura, devono però tenere conto delle specificità sistemiche, in particolare devono essere accompagnate da un'accentuata trasparenza delle argomentazioni in modo tale che la ridondanza sistemica possa effettivamente svilupparsi. Di sicuro però non è adottando un atteggiamento ondivago e incoerente come ad esempio HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN che si sostiene la coerenza sistemica: questi infatti sembrano propendere per un rigido legalismo, ma nel contempo si dichiarano d'accordo a spazi di manovra delle autorità richiamandosi alla "giustizia materiale" o al "sen-

⁴⁶ V. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 445 SS.

⁴⁷ LUHMANN, Argumentation, p. 29

⁴⁸ V. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 431.

⁴⁹ V. LUHMANN Argumentation, pp. 35 s.. Egli fa notare però che, nonostante gli argomenti giuridici garantiscano la consistenza delle decisioni, ogni volta che il sistema politico interviene (con una legge, ad esempio) bisogna tarare il tutto.

so delle cose”⁵⁰ che con il mantenimento dell’uguaglianza e dello Stato di diritto non hanno in realtà niente a che vedere.

5. *Il principio, o la ridondanza nel sistema giuridico*

Perché usare un principio per descrivere il requisito della legalità? Ci si chiede, infatti, come mai non sia una norma (condizionale) a pretendere che lo Stato usi delle leggi come fondamento e limite della sua azione. Una domanda scomoda, non solo perché propone questioni di base sull’intera legittimazione dello Stato, ma anche perché nella stessa scienza giuridica c’è anche chi ha fortemente criticato i principi.⁵¹

Nella dottrina viene spiegato che il principio giuridico non è una norma (condizionale), la sua generalità è più elevata. Non s’intende però in questo caso la nozione di generalità usata sopra, quanto piuttosto si intende generalità come riconoscibilità che la società dona al senso del postulato.⁵² La non-normatività pretende che l’applicazione del principio non sia effettuabile in un contesto sussuntivo, quanto piuttosto esso sia ponderato con altri principi e interessi e che ponga la base per trovare altre regole. Esso è utilizzabile giuridicamente solo indirettamente, è scoperto, capito e conservato come elemento positivo nei pregiudizi. È un’unità ridondante nel sistema creatore di senso, permette di orientarsi nei negoziati con gli altri sistemi⁵³.

L’utilizzo del principio comporta quindi un’attività imprevedibile e arbitraria: né si sa prima quali principi il giudice terrà da conto nella sua ponderazione, né si conoscono i criteri per determinare il peso maggiore di un principio su di un altro.⁵⁴ Di fondamentale importanza diventa quindi l’argomentazione con cui l’applicatore motiva la decisione presa. Una differenza con il paradigma delle norme “chiare” e “certe”, tutto sommato, che vengono così aggirate (anche quando i giuristi non ne sia cosciente, siccome molti usano i principi nello stesso modo in cui si usano le norme condizionali)⁵⁵.

Preso atto di questa deriva normativa, in particolare osservando l’inefficacia delle sue norme, il legislatore usa allora viepiù i principi. Si pensi ad esempio all’importanza di cui godono oggi i diritti fondamentali, considerati come un baluardo dello Stato di diritto, nonostante siano,

⁵⁰ V. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 428a.; MÜLLER, *Recht*, p.159, lo ribadisce appena può, non facendo a nostro dire un servizio allo sviluppo della scienza giuridica, che ha bisogno oggi più che mai nella nostra società nichilista di liberarsi dai miti e dai rifugi metafisici.

⁵¹ Come p.e. DWORKIN; anche MORAND, *fixes*, p. 197, nota il problema e giustamente richiama al fatto che lo Stato è un ente politico e non giuridico, e quindi esso non si basa sui principi giuridici.

⁵² DUSS, p. 9. Si noti che TSCHENTSCHER, pp. 104 s. le classifica comunque fra le norme, annotando semplicemente che il modo d’utilizzo è diverso.

⁵³ DUSS p. 15 e pp. 27 ss.. TSCHENTSCHER, p. 105, sembra designare in questo senso nella creazione del principio una tendenza ottimizzatrice.

⁵⁴ MORAND, *fixes*, p. 197. MOOR, *modèle*, p. 629, fa notare che i principi formano in ogni caso concreto un sistema diverso.

⁵⁵ MORAND, *fixes*, p. 204.

a parte alcune poche eccezioni, veri e propri principi che portano a ponderazioni di interessi molto complesse.⁵⁶

C. La legge e il suo ruolo nello Stato

1. Una parola nella linea del Tempo

Se l'analisi delle origine dei dogmi è sempre pericolosa,⁵⁷ la legge è però una parola la cui presenza sembra essere costante nel sistema giuridico nella Storia. Nel Cinque-Seicento il principe, punto d'origine del potere sovrano,⁵⁸ era *legibus solutus* e le sue leggi assomigliavano più a sentenze (inscrivendosi così nell'esercizio della *iurisdictio* per cui giudicare e comandare non sono scollegati).⁵⁹ Possiamo quindi notare una cesura in questa razionalità con la Rivoluzione francese e i suoi nuovi ideali illuministici e volontaristici di rappresentanza.⁶⁰ Lo Stato si ritrova allora attore in una dialettica tra autorità e libertà per cui sorge la legge come comando generale-astratto⁶¹ a cui tutti sono sottoposti, ma a cui tutti partecipano nella sua creazione.⁶²

Dall'illuminismo, dalla nascita degli ideali d'uguaglianza e di divieto d'arbitrio, vi fu quindi un cambiamento di rotta totale. Il diritto amministrativo non era ancora una branca riconosciuta del diritto, ma il passaggio allo Stato liberale aumentò la giuridificazione pre-regolata dell'attività amministrativa. In particolare si assistette a una transizione da un rapporto di dominazione a un rapporto giuridico tra Esecutivo (in particolare il monarca) e sudditi, vincolato proprio dal nascente principio di legalità e dai diritti di libertà.⁶³ Quest'onda ideologica attraversò tutta l'Europa, ma è in particolare l'evoluzione tedesca ad essere interessante per il diritto amministrativo elvetico, siccome proprio da qui vi fu un'intensa recezione, in particolare con il principio di legalità.⁶⁴

In Germania vi fu un lungo periodo nell'Ottocento di elaborazione della separazione del diritto amministrativo dalle scienze dello Stato in cui furono determinanti i contributi di MAYER e i relativi sviluppi curati dallo svizzero FLEINER. Quest'ultimo poi chiamato a Zurigo importò

⁵⁶ V. MORAND, *fixes*, p. 197, che non usa il termine “regole condizionali”, ma “regole fisse. Un altro esempio per l'ampio uso dei principi è il principio di proporzionalità nel diritto amministrativo, che “inquina” tutto il discorso sillogistico.

⁵⁷ V. sopra npp. 7.

⁵⁸ Ci si rifà qua al concetto di sovranità schizzato da BODIN, cfr. MANNORI/SORDI, p. 21.

⁵⁹ MANNORI/SORDI, pp. 36 ss.

⁶⁰ Cfr. MANNORI/SORDI, pp. 131 e 307 ss.

⁶¹ Avvicinandosi quindi in modo deciso al concetto di norma giuridica visto nel capitolo precedente.

⁶² MANNORI/SORDI, p. 307.

⁶³ MÜLLER, *Eigenheit*, pp. 60 ss.

⁶⁴ MÜLLER, *Eigenheit*, pp. 74 ss., riferendosi soprattutto alla riserva di legge.

letteralmente le dottrine amministrative tedesche (e come esse negando un diritto amministrativo che si occupasse solo di compilare norme giuridiche) sviluppandole nel suo *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*.⁶⁵

2. La legge nel sistema politica

2.1. L'attività legislativa dello Stato

Con la nascente pretesa di monopolio delle fonti giuridiche la legge dello Stato sovrano diventa indissolubilmente il punto di contatto strutturale fra la politica e il diritto.

La legge è quindi uno degli strumenti di tentativo d'influenza nel sistema diritto.⁶⁶ La politica emana quindi norme giuridiche che irritino il sistema diritto. Questo, percependo la variazione (ambientale) seleziona la nuova informazione scegliendo se essa sia di carattere giuridico o no. Se l'informazione è effettivamente in grado di influenzare il sistema, esso la "ingloba" e si stabilizza, altrimenti la rigetta.⁶⁷

È importante sottolineare questa influenza fra sistemi, poiché non tutte le leggi create dalla politica riescono ad avere un tenore normativo adeguato per poter influenzare il sistema diritto e in genere la società. Solo per citare due esempi, si pensi che a volte anche il semplice fatto di legiferare (senza nemmeno mettere in moto quindi il sistema diritto) può portare allo scopo voluto,⁶⁸ ma c'è anche l'ampia possibilità che la legge non abbia efficacia, soprattutto quando la politica ignora il funzionamento degli altri sistemi o agisce solo in modo simbolico, cercando semplicemente di auto-legittimarsi.⁶⁹

2.2. La legge tra materia e forma

Quando si cerca di catalogare i tipi di leggi esistenti, non c'è in Svizzera unità di vedute sulla terminologia. Forniremo qua una presa di posizione non necessariamente condivisa e stabiliamo che il parametro chiave con cui si suddividono le leggi è il binomio "legge in senso ma-

⁶⁵ Cfr. KLEY, pp. 68 ss.; in questa ricerca, come già indicato, cercheremo di riferirci in questa ricerca abbastanza costantemente all'evoluzione delle teorie sulla legalità perlomeno nell'ultimo secolo. In particolare è rilevante rimarcare come la democrazia e il volontarismo siano quasi sempre in Svizzera valsi da *fil rouge* argomentativo. Vorremmo qua rimarcarlo facendo notare che nel corso del lavoro cercheremo di proporre soprattutto i contributi, oltre al già citato FLEINER, del basilese JELLINEK, del "guardiano del principio di legalità nel Paese" (cit. in KLEY, p. 492) GIACOMETTI e più avanti nel neocastellano AUBERT. È soprattutto con MOOR e MORAND che vorremmo invece mostrare un taglio più critico che si è sviluppato negli ultimi decenni.

⁶⁶ Il sistema diritto ha come funzione la stabilizzazione delle aspettative sociali normative anche dove esse vengano deluse (che è equivalente alla ricerca di regolare la condotta, v. l'accostamento tra KELSEN e LUHMANN di DREIER, p. 425). La politica invece vuole creare il consenso per far sì che la società possa decidere in modo collettivamente vincolante, v. BARALDI/CORSI/ESPOSITO voci Diritto pp. 96 ss. e Politica pp. 175 ss.

⁶⁷ RAISER, pp. 123 s.

⁶⁸ Senza quindi che sia messa in gioco tutta la macchina del giudizio e dell'esecuzione, v. FLÜCKIGER, p. 87

⁶⁹ KINDERMANN, p. 225.

teriale / legge in senso formale”.⁷⁰ Definiamo quindi una legge in senso materiale un testo emanato dallo stato che corrisponda a una norma giuridica generale e astratta.⁷¹ Se lo Stato può emanarla senza particolari procedure discorsive allora mantiene solo il senso materiale. Nel momento in cui invece questa legge sottostà pure a una procedura discorsiva complessa (consultazioni, dibattimenti, pubblicità, consenso dichiarato in una procedura formale, come ad esempio una votazione popolare) assume il senso formale, diventa quindi una legge in senso materiale e in senso formale.⁷² Queste per semplicità sono spesso chiamate anche semplicemente “leggi in senso formale” o addirittura solo “leggi” (rischiando di creare confusione terminologica).

Come vedremo in seguito, l’ordinamento costituzionale permette che il costituente (il parlamento, sostenuto dal popolo e dai cantoni) e il legislatore (il parlamento, sostenuto dal popolo) possano emanare leggi in senso formale, mentre le leggi solo in senso materiale sono competenza di svariate autorità, tra cui pure il legislatore (ma senza il sostegno del popolo).

2.3. E le altre fonti?

Non solo le leggi statali contengono norme giuridiche. Una frase che potrebbe sembrare lapalissiana, che necessita però di un approfondimento, siccome non è questo che si ritiene nel linguaggio popolare. Già JELLINEK notava nel 1919: “se nell’uso comune ‘legge’ è parificata a norma, sia essa scritta o no, (...) sia essa statale o creata da una corporazione autonoma, (...) in realtà l’unica che si può veramente chiamare legge è solo quella uscita dalle camere, solo quella in senso rousseudiano”.⁷³

Troviamo quindi il diritto consuetudinario, che è ammesso dove il giudice riconosca vi sia *opinio iuris ac necessitatis* (convinzione giuridica su tutto il territorio e convinzione della necessità di questa regola), nonché una *longa et inveterata consuetudo* (la regola deve essere stata usata per tanto tempo e senza interruzioni).⁷⁴ Il diritto giudiziale, ovvero le norme recepite dalle vecchie sentenze, è considerato nella dottrina dominante massicciamente presente dove la norma statale si è rivelata lacunosa. A onor del vero ogni decisione del giudice che si basi sull’interpretazione della norma contribuisce al suo sviluppo, creando quindi una norma

⁷⁰Bisogna porgere assoluta attenzione alle parole: non parla qui del binomio diritto materiale/diritto formale, che BERTI chiamerebbe diritto sulla cosa/diritto procedurale, v. BERTI, N 27 e relativa npp.

⁷¹ FORSTMOSER/VOGT, § 2 N 53 ss.. Già FLEINER, Bundesstaatsrecht, p. 400, come pure GIACOMETTI, Rechtsverordnungsrecht, p. 360 (che dà una connotazione smaccatamente liberticida alle norme giuridiche) utilizzano questa distinzione terminologica di grande successo. Più recentemente anche AUBERT, traité, N 1307 come TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, 13 N 6 ss.

⁷² TSCHENTSCHER, § 13 N 1 ss.

⁷³ JELLINEK, p. 228, si noti oltretutto che Jellinek dà alla parola legge il solo significato di legge in senso formale.

⁷⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 16 n 1 ss.; FORSTMOSER/VOGT, § 14 N 7 ss., i cui appunti sul diritto privato possono essere trasposti al diritto pubblico.

nuova.⁷⁵ Gli enti autonomi creano a loro volta regole che valgono solo per il loro contesto.⁷⁶ A queste fonti vanno inoltre aggiunti i trattati internazionali. Essi hanno, negli ordinamenti giuridici monisti come quello svizzero, lo stesso rango delle leggi in senso formale, nonostante la procedura non sia altrettanto consensuale.⁷⁷

Ci si chiede chiaramente come possano valere queste fonti nel contesto monopolistico dell'attività normativa statale, in particolare quando assurgono a sostitutive delle leggi in senso formale. Questo è un conflitto antico, che in genere non viene analizzato dalla dottrina.

3. *Lo Stato di diritto*

3.1. **Lo Stato come produttore di diritto**

Lo Stato di diritto è una creazione della dottrina tedesca del XIX secolo. Lo scopo era quello di limitare il potere della *executio* e più generalmente dello Stato sottomettendolo al rispetto della legge e al controllo dei tribunali, rendendo impossibile l'esercizio dell'arbitrio.⁷⁸ La Svizzera nella sua recezione del diritto amministrativo tedesco seguì questa concezione, in particolare per ciò che riguardava il primato e la riserva della legge.⁷⁹ Non a caso GIACOMETTI nel 1935 parla di Stato legislativo (*Gesetzgebungsstaat*), ovvero uno Stato di diritto democratico, liberale, fondato sulla legge.⁸⁰ Oggi questa idea non sembra essere rigettata, perlomeno nell'ambiente ideologico dominante. Nel suo il CF stesso ha indicato lo Stato come "corpo dotato di potere" e "organizzazione vincolata dal diritto". Il diritto per il costituente sarebbe quindi precostituito e l'attività statale richiederebbe il suo fondamento -e il suo limite- nella legge.⁸¹

Un'idea che sta però lentamente crollando, spunta l'idea che in realtà lo Stato non sia più il "grande comandante" come lo si è voluto negli ultimi secoli. Lo Stato non sta proprio morendo, ma prende idealmente la posizione che avrebbe sempre dovuto avere, ovvero come un *primus inter pares* obbligato (o condannato) a negoziare per ottenere ciò che vuole.⁸²

⁷⁵HÄFELIN MÜLLER UHLMANN 2006 n 208 ss., che non citano però la particolarità creatrice dei giudici.

⁷⁶TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 15 n 1 ss.. Sulle norme degli enti autonomi vedi sotto cap. F 2.2.

⁷⁷KÄLIN/EPINAY/CARONI, pp. 96 s.. Sui trattati internazionali purtroppo non possiamo qui dare seguito a un'analisi approfondita.

⁷⁸MÜLLER, *Eigenheit*, pp. 9 s.; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, pp. 128 s.; Petit comm., MAHON, art. 5 N 2.

⁷⁹MÜLLER *Eigenheit*, p. 74 e citazioni annesse; cfr. prima di lui FLEINER, *Bundesstaatsrecht*, p. 412 ss.. Per un approfondimento della riserva di legge vedi sotto, cap. E 1.1.

⁸⁰GIACOMETTI, *Verfassungsmässigkeit*, p. 370). Anche MÜLLER, *Rechtssetzungslehre*, N 10, riprende oggi questa idea.

⁸¹Messaggio Cost., p. 9. Si noti come qui la nozione di diritto e la nozione di legge siano pericolosamente accostate. Si noti inoltre la contraddizione per cui lo Stato sarebbe creatore di legge, ovvero di diritto, ma esso sarebbe contemporaneamente precostituito.

⁸²MORAND, *fixes*, p. 199.

3.2. L'uguaglianza

L'uguaglianza è un pilastro dell'impostazione liberale contemporanea, a partire dal periodo rivoluzionario (*Liberté, Egalité, Fraternité*), l'idea che tutti siano uguali di fronte alla legge (e che quindi non debbano esistere ceti e privilegi) è un caposaldo consensuale del ruolo dello Stato e del diritto nella vita pubblica.⁸³ Non ci si deve stupire, in ogni caso, se come qualsiasi parola altamente condivisa, anche l'uguaglianza sia in realtà un concetto indeterminato, quindi politico.⁸⁴ La definizione giuridica del TF ne è un esempio: “cose uguali devono essere trattate alla stessa stregua in ragione della loro uguaglianza, cose differenti, invece, in modo diverso a dipendenza della loro disuguaglianza”.⁸⁵ Cosa sia uguale e cosa sia disuguale il TF non lo dice però aprioristicamente.

La particolarità del diritto amministrativo è però proprio l'inuguaglianza, la condizione autoritaria che l'apparato statale conosce nei confronti del singolo. Questa considerazione non può nemmeno essere nascosta attraverso un velo consensuale o discorsivo.⁸⁶ Sono però considerati uguali tutti i sottoposti alla legge, e questa uguaglianza è considerata fondamentale nella lettura dello Stato di diritto.⁸⁷ Per far valere la legge per tutti, indiscriminatamente, era necessaria la nascita del principio di legalità nel diritto amministrativo, così da lasciar credere il possibile imbrigliamento dell'arbitrio. E questo è ciò che la dottrina dominante ancora indica oggi.⁸⁸

3.3. La certezza del diritto (o sicurezza giuridica)

Già a partire dal XVI secolo la certezza del diritto viene assiomaticamente nell'attività politico-giudiziaria, per cui il ruolo del giurista diventa quello di garantire prevedibilità dell'orientamento del sistema giuridico.⁸⁹ Rifacendosi (scrivendolo nelle motivazioni) in modo marcato alle leggi e ai pregiudizi, e solo difficilmente distaccandosene, si può riferirsi a una razionalità interna che aumenta la prevedibilità delle decisioni.⁹⁰

Il ruolo sociale del giudice è quindi prendere decisioni che altri non possono o vogliono prendere (e da qui il principio dell'obbligo di decidere). Diventa allora determinante (anche) per il sistema politico cercare di influenzare queste decisioni. Nel diritto amministrativo il principio

⁸³ Cfr. HESPANHA p. 214; MÜLLER, Grundrechtstheorie, p. 104.

⁸⁴ Bellissima la descrizione che ne fa NORBERTO BOBBIO, *Destra e sinistra*, Roma 2009: “ognuno di noi muore, ma ognuno di noi muore in modo diverso. Ecco, la sinistra pensa sia più importante che ognuno di noi muoia, la destra pensa sia più importante che ognuno di noi muoia in modo diverso”.

⁸⁵ In italiano DTF 114 Ia 391, in tedesco vedi oggi DTF 134 I 257, ma già anche DTF 94 I 649.

⁸⁶ MÜLLER, *Eigenheit*, pp. 11 ss.

⁸⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 22 N 1 ss.

⁸⁸ Cfr. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 373.

⁸⁹ HESPANHA, p. 169.

⁹⁰ HESPANHA, p. 169, cfr. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 373.

di legalità vuole quindi anche avere la funzione di previsione su quali atti l'amministrazione potrà compiere senza essere fermata dal corpo giudiziale.

A fronte di quanto detto è chiaro come le nuove teorie normative vengano mal viste nell'ambito del mantenimento della certezza del diritto: già con le norme finali, ma ancora di più con le norme relazionali e con i principi,⁹¹ diventa difficilissimo prevedere le mosse dei giudici. Ma va pure detto che queste teorie non sfondano conquiste intangibili della realtà giuridica. Anche la certezza del diritto è in realtà mitizzata: essa si basa infatti sull'idea che gli atti delle autorità siano conosciuti. Ma questa è una finzione istituzionalizzata, si pensi per esempio alla presunzione di conoscenza delle leggi, dei registri e delle sentenze.⁹² In realtà non si può dire con certezza che una persona conosca veramente ciò che è pubblicato, ancor meno quando le informazioni sono incrociate (si pensi ad una sentenza che modifica sostanzialmente il tenore di una legge!).

3.4. Altri principi

Sebbene il principio di legalità sia determinante per lo Stato di diritto, esso funziona anche su altri principi cardine. Un vero e proprio intreccio che regge la legittimazione dell'attività statale, per nominarne solo alcuni possiamo infatti anche indicare la buona fede, la proporzionalità, l'interesse pubblico, la non-retroattività, la conformità al diritto internazionale cogente, la garanzia dei diritti di libertà, le garanzie procedurali, l'efficacia (che ha però un valore minore)⁹³ e altri.⁹⁴

Sono anche loro un limite per lo Stato ed un'indicazione sullo svolgimento dei suoi compiti. I pochi punti di riferimento che la legalità offre sarebbero un faro vuoto per l'amministrazione statale (nel suo modo d'essere liberale e democratica insieme) se non ci fossero dei punti di sostegno ausiliari di fronte della moltitudine di casi che possono sorgere nell'applicazione normativa. Ma la portata di questi principi, come visto sopra, mette in dubbio la validità stessa del principio di legalità. Essi possono essere messi sulla bilancia della ponderazione, rendendo imprevedibile l'atteggiamento del giudice nella sua decisione sull'opportunità o meno di cassare un intervento statale che si vorrebbe mancante di una legge.

⁹¹ MORAND, *fixes*, p. 197.

⁹² V. il richiamo alla presunzione di notorietà degli atti ufficiali nella spiegazione dell'art 17 LPubl, in: FF 2003 6699 (Messaggio concernente la legge federale sulle raccolte del diritto federale e sul Foglio federale), p. 6724.

⁹³ V. FLÜCKIGER, p. 92.

⁹⁴ V. uno per tutti HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN 2006 n 363 ss.

4. *La suddivisione dei poteri*

A lungo l'analisi del principio di legalità ha trovato spazio nei tribunali svizzeri proprio grazie all'analisi della lesione della divisione dei tre poteri (legislazione, amministrazione dello Stato e giurisdizione).⁹⁵ È allora importante qui delinearne alcune caratteristiche

4.1. **Il tempo moderno e la supremazia della legge**

La divisione si vuole teorizzata da MONTESQUIEU,⁹⁶ anche se a ben vedere egli non è stato compreso nella sua essenza, il suo messaggio è stato riformulato in modo ideologico liberale nell'Ottocento. In particolare egli non parlava di divisione, ma di suddivisione dei poteri. Non voleva quindi competenze assegnate in compartimenti stagni. In questo senso egli non negava la possibilità che lo stesso potere potesse essere esercitato da più di un'autorità, in modo che le autorità si potessero controllare a vicenda.⁹⁷

Ma proprio queste letture ottocentesche sono passate nell'immaginario collettivo, anche giuridico, in particolare rifacendosi al volontarismo rousseudiano: se p.e. vediamo JELLINEK, notiamo che egli affermando la materialità della legge individua la distinzione tra le competenze tra esecutivo (monarca) e legislativo (rappresentanza popolare) proprio nella legislazione. Nello Stato costituzionale, infatti, il mantenimento dei diritti degli individui è garantito dal fatto che il monarca "non crea diritto" e quindi l'attività statale deve avere una base legale.⁹⁸

4.2. **Il ritorno dell'autorità del governo e la diatriba GIACOMETTI/SCHINDLER**

La lettura ideologizzata liberale della divisione dei poteri è rimasta intatta per secoli. Ancora GIACOMETTI nel 1934 negava la possibilità che l'esecutivo potesse emanare leggi in senso materiale che non dipendessero da leggi in senso formale ("*kein Platz für selbstständiges Rechtsverordnungsrecht der Executive*"), poiché sarebbe stata una negazione dello Stato legislativo; sarebbe anzi espressione di uno Stato autoritario.⁹⁹ Al contrario Schindler, inserendosi in un contesto molto dirigista tipico del primo dopoguerra,¹⁰⁰ sosteneva invece che la Svizzera non fosse più uno stato legislativo, ma che si avvicinasse invece a uno stato amministrativo o

⁹⁵ V. DTF 103 Ia 369, DTF 129 I 161; nella DTF 104 Ia 440 il TF afferma la validità generalizzata della riserva di legge su tutta l'attività amministrativa proprio partendo dalla divisione dei poteri. SCOLARI, N 17, afferma che il principio di legalità è una conseguenza della divisione dei poteri.

⁹⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Ginevra 1748, libro XI, capitolo VI.

⁹⁷ "*il faut que ... le pouvoir arrête le pouvoir*", in: RIKLIN, *Der Geist der Machtteilung. Vom wahren sinn einer lehre Montesquiens*, in: NZZ, 30.4.1999, p. 101.

⁹⁸ JELLINEK p. 238 ss; p 254.

⁹⁹ GIACOMETTI, *selbstständige*, p. 260.

¹⁰⁰ SCHINDLER, p. 307, sostiene (citando DUBS, *Oeffentliches Rechts der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 1877/78, pp. 80/1) ad esempio che il liberalismo ha tolto forze al governo e che situazioni negative (*Übelstände*) sono causate proprio da ciò. Ma indebolire il governo sarebbe un errore, afferma, poiché non contribuisce mai a diminuire il male e limita il governo come argine contro l'egoismo.

governativo. E quindi il governo avrebbe avuto un diritto autonomo di emanare ordinanze di polizia (con timide aperture sulla “polizia della salute e delle strade”, chiudendo però alla “polizia del benessere”)¹⁰¹ anche dove non ci fosse un particolare stato d'emergenza. Va notato in ogni caso, che Schindler vede questa soprattutto nei casi dove ci sia un bisogno normativo *praeter legem*, non totalmente generalizzato quindi.¹⁰²

Nella sua risposta GIACOMETTI fu molto chiaro, cercando di riproporre un'interpretazione storica della vCost., che si sarebbe evoluta dal semplice sistema rappresentativo del 1848. E ribadendo che nessuno ebbe dubbi nel dedicare la legislazione solo all'AF (anche nel diritto di polizia)¹⁰³, non foss'altro per ossequiare al sistema di democrazia indiretta con elementi di democrazia diretta (oggi la chiamiamo democrazia semi-diretta).¹⁰⁴ Ribadendo il concetto di Stato legislativo liberale, dove è necessario garantire i diritti di libertà e il principio di separazione dei poteri (rimandando agli artt. 71, 85, 95, 106 vCost.) affermava con decisione che se proprio necessario il governo poteva legiferare grazie a una delega parlamentare.¹⁰⁵

4.3. La dottrina odierna sulla divisione dei poteri

Oggi la divisione dei poteri è un principio assieme ad altri, come la garanzia della tutela della libertà del singolo dall'arbitrio statale e della democrazia sono principi determinanti, ma non totali. La divisione dovrebbe avvenire nei due sensi “personale” e “organizzativo” e i poteri dovrebbero inibirsi fra loro,¹⁰⁶ anche se quest'ultima funzione in Svizzera è limitata vista la posizione costituzionalmente sovraordinata dell'Assemblea federale sugli altri poteri.¹⁰⁷ In ogni caso va ripulita la concezione popolare dalla consistenza teorica che si vuole dare alla divisione dei poteri: una competenza normativa del governo non è infatti contraria al principio! E soprattutto non è vero che nel caso di una regolamentazione diversa da quella del parlamento il singolo è messo in pericolo nel mantenimento dei suoi diritti, poiché egli avrà comunque una pretesa giudiziale da far valere.¹⁰⁸

¹⁰¹ SCHINDLER p. 308 e 311; v. DTF 40 I 479 per un'idea sulla polizia del benessere, che assomiglia molto all'odierna amministrazione promozionale.

¹⁰² SCHINDLER, p. 312.

¹⁰³ GIACOMETTI afferma (rifacendosi alla definizione di polizia di FLEINER): “la polizia sarebbe l'attività autoritaria che limita la libertà della persone e la proprietà dei cittadini nell'interesse della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico. Quali limitazioni si possano fare andrebbe indicato (in uno Stato di diritto) nella legge. Dire altrimenti vorrebbe dire sostenere una concezione giusnaturalistica della polizia, ovvero usando un metodo all'inverso della costruzione giuridica.”

¹⁰⁴ GIACOMETTI, *Verfassungsmässigkeit*, p. 375.

¹⁰⁵ GIACOMETTI, *Verfassungsmässigkeit*, p. 376.

¹⁰⁶ SCOLARI, N 18 ss.

¹⁰⁷ Art. 148 Cost.; art. 71 vCost.; DTF 116 Ia 252 (Cadro); v. HÄFELIN/HALLER, N 1416 ss.

¹⁰⁸ SEILER, pp. 295 ss..

Bisogna però oggi fare attenzione e distinguerla bene dal principio di legalità, poiché il TF considera la divisione dei poteri un diritto soggettivo costituzionale, il principio di legalità no.¹⁰⁹

5. *La democrazia come sistema legittimante*

5.1. Una persona, un'opinione, un voto

In Svizzera la democrazia assurge a ruolo di mito, il principio di legalità assume una luce brillante, scavalcando il “semplice” problema della divisione delle competenze. La democrazia semi-diretta non è in Svizzera solo principio discorsivo, un momento in cui l'accesso al dibattito pubblico garantisce la legittimità delle decisioni prese dal sistema politico.¹¹⁰ È un modo quasi simbiotico di sentire il rapporto con la cosa pubblica, la consapevolezza della possibilità d'intervento della volontà collettiva (o presunta tale, visto che solo gli abitanti svizzeri possono votare e solo una minima parte di essi si reca alle urne) nelle decisioni politiche. E non possiamo certo di questo lamentarci, in definitiva la democrazia è un elogio al relativismo.

Nel momento legislativo la democrazia spicca per le sue pretese procedurali, che dovrebbero garantire a tutti la possibilità di esprimersi. Dalla partecipazione agli avamprogetti tramite ampie consultazioni¹¹¹ ai referendum obbligatori e facoltativi¹¹², passando dalle petizioni¹¹³ e (nel caso della Costituzione) dalle iniziative popolari¹¹⁴, la legge è concepita in modo tale da avere ampi ponti che la colleghino al pubblico.¹¹⁵

L'uguaglianza democratica, percepita sull'ideale “una testa, un voto”, non gode però della linearità che si vuole in genere descrivere. Non solo perché ci sono sproporzioni manifeste nel campo della creazione dell'opinione pubblica. Ma soprattutto perché, nonostante essa si sia sviluppata giustamente come limite all'arbitrio di pochi potenti, la democrazia si leva a elemento limitante, che non permette un'analisi serena delle difficoltà che lo Stato ha nei confronti degli altri attori sociali. Come se volesse con il suo codice “consenso/dissenso” corrompere gli altri sistemi legittimanti, forti però della loro tecnicità.¹¹⁶

¹⁰⁹ V. sotto cap. E 3.

¹¹⁰ MASTRONARDI, N 335 ss.

¹¹¹ P.e. art. 4 LCo.

¹¹² P.e. art. 140 e 141 Cost.

¹¹³ P.e. art. 126 LParl.

¹¹⁴ P.e. art. 138 Cost.

¹¹⁵ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, p. 134.

¹¹⁶ Per una critica della democrazia deliberativa v. MASTRONARDI, riquadro a p. 134.

5.2. La tecnica legislativa, la rapidità e l'efficacia come alternative legittimanti

Se si osserva il momento legislativo più da vicino si nota come in realtà la divisione delle competenze (e con essa la democrazia) sia limitata, poiché il legislativo e con lui il popolo votante spesso non sono in grado di comprendere la portata di un progetto legislativo elaborato anzitutto da commissioni di esperti insediate dal governo.¹¹⁷ Vi è allora una legittimazione (dichiarata) in questo caso di carattere tecnico-scientifico.

Si tratta di un mix legittimante¹¹⁸ in cui governo e parlamento hanno la possibilità di estendere la legittimazione di una legge oltre al principio del consenso. Si tratta di rimandare il contenuto di una norma a delle considerazioni di efficacia, ovvero di strutturare le regole in base a quello che possono veramente ottenere, pensandole quindi anche potenzialmente meno legittimate dalla democrazia, ma più performanti. Riducendo quindi l'importanza del consenso (e quindi di una legittimità comunque limitata) sulla norma, ma aumentandone la razionalità.¹¹⁹

Bisogna peraltro notare che quest'alternativa legittimante non è l'unica mai escogitata. Si veda ad esempio il richiamo alla rapidità. Già nel secolo scorso era questo un motivo per designare un'autorità alternativa al parlamento che creasse la norma giuridica, visto che esso è intrinsecamente molto lento e non riesce a rispondere sempre in modo adeguato alle richieste di produzione normativa della società, perlomeno quando questa richiesta serve alla stabilizzazione delle relazioni sociali.¹²⁰

¹¹⁷ Cfr. MÜLLER *Rechtssetzungslehre*, N 411.

¹¹⁸ FLÜCKIGER citando CHEVALIER parla di ibridazione delle logiche giuridica e manageriale (p. 93).

¹¹⁹ FLÜCKIGER p. 91; MOOR, *modèle*, p. 631, ricorda che senza ordinanze sostitutive la produzione di norme necessarie al funzionamento dello Stato sarebbe completamente paralizzata.

¹²⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 389; ma già SCHNIDLER, *sjz* p- 310? Vedi anche JELLINEK p. 366 ss.

D. Il principio di legalità nella Costituzione scritta

Nel nuovo corpo costituzionale¹²¹ il principio di legalità è visto come uno dei momenti chiave dell'azione statale. Qui proponiamo una breve analisi degli articoli che toccano il principio, un'analisi più approfondita dei contenuti segue nel prossimo capitolo.

1. *Legalità nello Stato di diritto (art. 5 cpv. 1 Cost.)*

Art. 5 Cost. – Stato di diritto¹²²

¹ Il diritto è fondamento e limite dell'attività dello Stato.
... [omissis]

L'art. 5 Cost. è una novità del 1999¹²³ e nasce come positivizzazione di diritto oggettivo costituzionale non scritto, indicando vari principi del funzionamento dello Stato.¹²⁴ Il cpv. 1 di questo articolo è di fondamentale importanza per la nostra ricerca, poiché esso (sebbene ciò non sia chiaro dal punto di vista lessicale) ribadisce il livello costituzionale il principio di legalità nell'ordinamento giuridico elvetico.¹²⁵

È infatti nella parola “diritto” che si annida l'ancoramento della legalità come base e limite dell'attività statale. Senza contornare più ampiamente la definizione di diritto, il Messaggio Cost. associa il diritto alla norma giuridica generale e astratta e quindi alla legge (intendendo con ciò la Costituzione, le leggi in senso formale, le ordinanze e i trattati).¹²⁶ La declinazione semantica della parola diritto qui è però figlia di un retaggio ideologico che vede lo Stato come esclusivo produttore di norme giuridiche, concezione che come abbiamo visto e come vedremo può entrare in collisione con la realtà sulla vera capacità che ha lo stato di regolare la condotta sociale.

Rimanendo all'impostazione costituzionale, possiamo notare comunque che, indicando “il diritto” come base e limite dello Stato, l'art. 5 Cost. rinuncia a indicare che forma questo diritto debba avere, in particolare se basti o meno una legge solo in senso materiale. Il Messaggio

¹²¹ Nel 1999 la Confederazione svizzera ha vissuto un momento epocale. È stata infatti rivista totalmente la versione che, nonostante innumerevoli modifiche, vigeva sin dal 1874. Molti principi costituzionali non scritti sono stati positivizzati e alcuni articoli centrali per la legalità hanno pure subito modifiche sostanziali. Per questo motivo dove in seguito verranno analizzati nel dettaglio alcuni dettami costituzionali si farà riferimento anche al Disegno Cost. ed alla situazione particolare prima vigente. Per ulteriori dettagli sulla riforma della Costituzione v. RHINOW, 2000.

¹²² L'articolo è rimasto pressoché immutato rispetto alla versione proposta dal Consiglio federale nel suo Disegno Cost.

¹²³ Messaggio Cost., p. 29.

¹²⁴ Messaggio Cost., 123.

¹²⁵ LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 453.

¹²⁶ Cfr. Messaggio Cost., p. 123.

Cost. indica in questo punto che un'ordinanza governativa deve di principio fondarsi su una legge in senso formale dove non ci sia la Costituzione a farne da fondamento.

2. *Legalità nei limiti dei diritti fondamentali (art. 36 cpv. 1 Cost.)*

Art. 36 Cost. – Limiti dei diritti fondamentali¹²⁷

¹ Le restrizioni dei diritti fondamentali devono avere una base legale. Se gravi, devono essere previste dalla legge medesima. Sono eccettuate le restrizioni ordinate in caso di pericolo grave, immediato e non altrimenti evitabile.

... [omissis]

⁴ I diritti fondamentali sono intangibili nella loro essenza.

Lo Stato di diritto nella sua concezione liberale indica nella limitata tangibilità dei diritti fondamentali un suo punto cardine. Questo in particolare vale quando i diritti fondamentali sono visti piuttosto come una pretesa di difesa dagli interventi statali nelle proprie “sfere di libertà” e meno come un vero e proprio diritto soggettivo ad una prestazione della collettività nei confronti del singolo (pretesa statuita, in ogni caso, in alcuni articoli¹²⁸).¹²⁹

Un ruolo chiave gioca quindi il tipo di strumentario di cui lo Stato può avvalersi per sviluppare le prerogative nonostante i diritti di libertà dei suoi cittadini, il TF lo ha stabilito prima che ciò fosse codificato: in particolare era necessaria una base legale per limitarli.¹³⁰ Come abbiamo visto il principio di legalità nasce infatti proprio come baluardo per la tutela dalle intromissioni arbitrarie degli organi statali nei diritti costituzionali dei sudditi.¹³¹

Anche l'art. 36 Cost. è una novità del 1999 e regola unitariamente la questione della lesione per quasi tutti i diritti fondamentali sanciti nella Costituzione.¹³² Esso cerca di essere particolarmente chiaro, indicando delle premesse rigide per la limitazione di una libertà individuale. È quindi necessaria, oltre agli altri requisiti, una legge¹³³ se la limitazione è “grave” (a meno che non si tocchi l'essenza di un diritto fondamentale, che è intangibile) in cui siano scritti perlomeno contenuto, scopo e spazio regolamentativo di un'eventuale ordinanza delegata.¹³⁴

¹²⁷ L'equivalente art. 32 del Disegno Cost. ha una formulazione leggermente diversa, ma il contenuto è identico.

¹²⁸ P.e. art. 8 cpv. 3 Cost., art. 19 Cost., art. 29 cpv. 3 Cost.

¹²⁹ HÄFELIN/HALLER (vecchio!) N 256 ss.

¹³⁰ P.e. DTF 50 I 164, Cfr. MÜLLER, Grundrechtstheorie, p 106; Messaggio Cost., p. 183.; si noti già ora che, a differenza dell'art. 36 Cost., non c'era nella vCost. un articolo che regolasse unitariamente la limitazione dei diritti fondamentali. Si pensi p.e. all'opera (commentario) di MÜLLER/MÜLLER, che nella struttura espositiva non dedica un capitolo alla questione della limitazione dei diritti fondamentali. JÖRG PAUL MÜLLER la analizza piuttosto nella sua precedente opera, Grundrechtstheorie, p. 105, in cui fa notare che i diritti di libertà sono tradizionalmente (storicamente) limitabili solo con una legge.

¹³¹ V. anche Petit comm., MAHON, art. 5 N 6.

¹³² Sono infatti i sicuro compresi i diritti di libertà, mentre sono rimasti esclusi l'uguaglianza, la dignità, i diritti a una prestazione, v. KIENER/KÄLIN, p. 77, anche se alcuni vorrebbero usare l'art. 36 anche per loro.

¹³³ La Costituzione intende qua una legge federale, ovvero una legge in senso formale. KIENER/KÄLIN, p. 88.

¹³⁴ KIENER/KÄLIN, p. 91.

Se la limitazione non è grave basta un'ordinanza (legge solo in senso materiale, "base legale"), sia essa delegata o meno.¹³⁵

Come spesso accade nell'ordinamento svizzero, le parole che dovrebbero essere garantiste nella loro nitidezza aprono in realtà ampissimi confini interpretativi. La Costituzione, pretendendo che vi sia una legge in senso formale per le limitazioni gravi, pretende pure che non sia concesso troppo spazio normativo all'autorità amministrativa (in particolare rifacendosi al requisito della norma). Nel contempo però usa la parola "grave", che è un concetto giuridico indeterminato.¹³⁶

Un concetto che, oltretutto, ci mette in difficoltà a fronte della terminologia usata dall'AF per l'art. 164 Cost., sorto solo durante i lavori parlamentari, che usa le parole "importanti" e "fondamentali". Allora l'art. 36 Cost. è una *lex specialis* sull'art. 164 Cost.? Vogliamo piuttosto pensare che la parola "grave" sia qui usata in modo analogo a "importante". Creando quindi un'equipollenza fra l'art. 36 cpv. 1 Cost. e l'art. 164 cpv. 1 Cost..

3. *Forma degli atti e legislazione (artt. 163 e 164 Cost.)*

Art. 85 vCost. - [Attributi dell'Assemblea federale]

Gli oggetti di attributo dei due Consigli sono segnatamente i seguenti:

... [omissis]

2. Le leggi e i decreti sulle materie che dalla Costituzione federale sono collocate nella competenza della Confederazione.

... [omissis]

Art. 154 Disegno Cost. - Legislazione

¹ L'Assemblea federale emana leggi federali e decreti federali di obbligatorietà generale.

² Competenze normative possono essere delegate mediante legge federale o decreto federale di obbligatorietà generale sottostante al referendum, sempreché la presente Costituzione non lo escluda. La norma di delega deve stabilire le linee fondamentali della regolamentazione delegata.

Art. 163 Cost. – Forma degli atti emanati dall'Assemblea federale

¹ L'Assemblea federale emana norme di diritto sotto forma di legge federale o ordinanza.

... [omissis]

Art. 164 Cost. - Legislazione

¹ Tutte le disposizioni importanti che contengono norme di diritto sono emanate sotto forma di legge federale. Vi rientrano in particolare le disposizioni fondamentali in materia di:

- a. esercizio dei diritti politici;
- b. restrizioni dei diritti costituzionali;
- c. diritti e doveri delle persone;
- d. cerchia dei contribuenti, oggetto e calcolo dei tributi;
- e. compiti e prestazioni della Confederazione;

¹³⁵ Sulla delega vedi sotto cap. D 3.2 e cap. E 1.3.

¹³⁶ La limitazione dell'uso dei concetti giuridici indeterminati è proprio uno dei punti su cui i legalisti lottano, cercando di avere più precisione possibile nelle leggi in senso formale. KIENER/KÄLIN, p. 88, per non essere da meno, usa al posto di grave la parola "*einschneidender*", altrettanto indeterminata.

f. obblighi dei Cantoni nell'attuazione e esecuzione del diritto federale;
g. organizzazione e procedura delle autorità federali.
² Competenze normative possono essere delegate mediante legge federale, sempreché la presente Costituzione non lo escluda.

3.1. Tra norme importanti e fondamentali - art. 164 cpv. 1 Cost.

a) *La teoria dell'essenzialità*

L'art. 164 cpv. 1 Cost. è di sicuro il più interessante e controverso nell'impianto costituzionale riguardante il tema della legalità a livello federale. Si è infatti deciso in sede parlamentare di ricorrere alla "teoria dell'essenzialità",¹³⁷ per cui il parlamento deve emanare leggi in senso formale quando vi siano in gioco temi "importanti", quando bisogna regolare decisioni "fondamentali" in un determinato ambito.

Nella vCost. non troviamo una disposizione di questo tipo, nell'art. 85 vCost. possiamo infatti solamente trovare un accenno alla competenza legislativa dell'AF nell'ambito delle materie di competenza federale, ma nessun accenno viene riposto sull'"importanza" di determinate norme rispetto ad altre.

L'art. 85 n° 2 vCost. indicava infatti la possibilità per l'AF d'emanare leggi e decreti nelle materie di competenza della Confederazione, senza entrare nel merito di quali fossero individualmente i campi necessitanti di una regolamentazione, distinzione lasciata poi alla legislazione stessa.¹³⁸ L'art. 154 del Disegno Cost. era mantenuto vago, ovvero non indicava nemmeno la necessità di regolare solo gli ambiti dati dalla Cost., parlava esclusivamente della competenza legislativa dell'AF (e indirettamente richiamando alla possibilità referendaria), lasciando alle legislazione il compito di trovare soluzioni più dettagliate sul contenuto di questa competenza legislativa.¹³⁹

Insomma, il governo voleva mantenere l'impostazione costituzionale valida fino ad allora secondo la dottrina dominante dello Stato di diritto, per cui un'ordinanza deve fondarsi su una legge a meno che non abbia la Costituzione come base. Determinante quindi della proposta governativa era l'accento posto sulla esclusività legislativa del parlamento, o al CF non sarebbero state concesse competenze normative, se non con una delega.¹⁴⁰

¹³⁷ *Wesentlichkeitstheorie*, che WIEDERKEHR, p. 28, definisce come una forma moderna della teoria della divisione dei poteri.

¹³⁸ Commentaire, MÜLLER, art. 89 cpv. 1, N 4. Si noti che con quest'articolo bisogna analizzare parallelamente l'art. 89 cpv. 1 vCost, che afferma con ancora più vigore che le leggi federali devono aver l'accordo di entrambi i rami dell'AF. Non ci stupisce quindi che nel commentario alla Cost. di AUBERT troviamo molti dettagli sul principio di legalità proprio nel commento a quest'ultimo articolo.

¹³⁹ Messaggio Cost., p.365.

¹⁴⁰ Messaggio Cost., p. 124.

Con la modifica lessicale dell'AF sembra si sia voluto cambiare questa impostazione, creando evidentemente una distinzione essenziale/non essenziale¹⁴¹ (dove le norme essenziali non possono essere delegate), concretizzata da una lista di criteri che WIEDERKEHR vorrebbe poi vedere nella LParl.¹⁴²

b) I dubbi lessicali della versione definitiva

Il cpv. 1 afferma¹⁴³ che le norme generali-astratte se sono importanti devono essere contenute in una legge in senso formale. Cosa sia "importante" non è però definito. Per di più viene maggiormente precisato che le norme generali-astratte "fondamentali" di alcuni ambiti (descritti in una lista che abbraccia quasi tutti i campi del diritto, lasciata volutamente aperta attraverso le parole "in particolare" e che segue la giurisprudenza del TF fino ad allora¹⁴⁴) devono essere presenti in queste leggi in senso formale. La Cost. quindi usa in un solo capoverso ben tre concetti giuridici indeterminati che potrebbero essere sinonimi tra loro: "importanti", "in particolare" e "fondamentali".

Viene naturale porsi dei dubbi di fronte a questo articolo costituzionale: chi decide quali ambiti sono sufficientemente rilevanti per essere toccati da quest'obbligo di utilizzo di una legge in senso formale? Chi stabilisce la rilevanza di una norma per sapere se è "normale" o "fondamentale"? Visto che tutte le norme importanti devono essere contenute in una legge in senso formale, chi stabilisce quando una norma è "banale" o quando è "importante"? E quale è la differenza tra una norma "importante" e una "fondamentale"?

Interessante qua è allora l'analisi di AUBERT, che parte dalla constatazione che il CF non aveva seguito la proposta dell'avamprogetto degli esperti. Questi chiedevano che l'AF legiferasse esclusivamente sottoforma di legge in senso formale su criteri importanti (lasciando all'AF la possibilità di scegliersi cosa fosse importante in una legge apposta), eliminando l'ordinanza parlamentare. Era inoltre prevista la delega di legge per le materie che l'AF riteneva importanti, ma non voleva per sé.¹⁴⁵

¹⁴¹ WIEDERKEHR, p. 27, usando la parola essenziali parla in questo caso di un sinonimo di "importanti".

¹⁴² WIEDERKEHR, p. 33; ci si potrebbe chiedere la costituzionalità di una lista di criteri così come proposta da lui, a fronte della sua rinuncia da parte dell'AF. Nella LParl in definitiva questa lista non è stata inserita. C'era però nella vecchia legge del 23 marzo 1962 sui rapporti fra i Consigli. Si noti che osservando la vecchia dottrina, p.e. GIACOMETTI, *Rechtsverordnungsrecht*, tutta l'attenzione sembra orientata a sapere quando il governo ha una competenza normativa emergenziale (in linea quindi con i problemi del periodo), ma non si parla di importanza. L'unico criterio riconosciuto da GIACOMETTI è, a p. 393, la necessità di rapidità dell'azione normativa governativa. Sui criteri d'importanza vedi ancora sotto cap. E 1.2 c).

¹⁴³ Cerco qua di ristrutturare il concetto secondo l'approccio lessicale usato in questa ricerca.

¹⁴⁴ Petit comm., AUBERT, art. 164 N 26.

¹⁴⁵ Petit comm., AUBERT, art. 164 N 5 ss.; v. sotto cap. E 1.3 sul contenuto del principio di legalità e in particolare sulla delega.

Le commissioni politiche volevano invece lasciare che l'AF legiferasse anche in temi non importanti. E definirono l'importanza con una lista di criteri tematici (nei quali di sicuro ci sono però anche argomenti non fondamentali!). Erano in ogni caso d'accordo che il CF emanasse senza bisogno di delega norme generali-astratte in ambiti "non importanti".¹⁴⁶

Il CF era però scettico sia sulla possibilità di fare discriminanti in base al contenuto di una legge, sia in base al tema. Alla fine il parlamento seguì le commissioni, senza indicare criteri di importanza e stilando la lista di temi necessitanti disposizioni "fondamentali".

Alla fine quindi anche per AUBERT c'è un problema su questi due termini, "fondamentali" e "importanti". Ci sono due tesi a questo proposito. La prima, quella per cui "importanti" e "fondamentali" sono dei sinonimi, che agli occhi di AUBERT apparirebbe sconcertante nel riguardo della correttezza lessicale. La seconda, la tesi della differenza, vuole che tutto ciò che è detto "fondamentale" sia anche "importante", ma non viceversa. Ma nemmeno questa tesi soddisfa, poiché in questo caso non c'è correttezza di sintassi con la particella "in particolare" e gli ambiti indicati nella lista.¹⁴⁷

AUBERT però a questo punto propone una critica interessante: in realtà per prassi il CF già emanava *sua sponte* norme importanti sotto l'egida della vCost., fatto questo di cui non si parla nei lavori preparatori.¹⁴⁸ Se con quest'articolo si voleva sapere quali norme sarebbero state riservate al legislatore e al popolo ed evitare che al loro posto le emanasse il consiglio federale, allora probabilmente è la teoria dei sinonimi a determinare il significato di "importanti", che è elevata al livello più alto di "fondamentali", considerando tutte le altre norme "non fondamentali" (quindi anche quelle comunemente considerate importanti) emanabili anche da un'altra autorità.¹⁴⁹

Tutto ciò chiaramente non risolve la questione di sapere come determina il TF il carattere "fondamentale" di un tema visto che sono temi così diversi fra loro. E soprattutto entra in collisione con coloro che sostengono che nelle leggi in senso formale devono andarci le norme "importanti". La distinzione qua è determinante per sapere fin dove si può spingere il CF (e le altre autorità) nella sua attività legislativa senza essere tacciato di incostituzionalità perché non autorizzato da una legge delega.

¹⁴⁶ Petit comm., AUBERT, art. 164 N 5 s.

¹⁴⁷ Petit comm., AUBERT, art. 164 N 15 s.

¹⁴⁸ Petit comm., AUBERT, art. 164 N 23.

¹⁴⁹ Petit comm., AUBERT, art. 164 N 24 s.

3.2. La legge delega - art. 164 cpv. 2 Cost.

Nell'art 154 cpv. 2 Disegno Cost. era regolata la delega e le sue premesse: la norma delegante doveva essere scritta nella legge stessa, non doveva essere esclusa dalla Costituzione e doveva stabilire le linee fondamentali delle norme che il CF avrebbe poi potuto emanare.

Nell'art. 164 cpv. 2 Cost. non è cambiato molto rispetto alla proposta governativa. Una frase però ("La norma di delega deve stabilire le linee fondamentali della regolamentazione delegata.") è stata eliminata. Questo è stato fatto proprio per seguire la teoria dell'essenzialità sancita nel cpv. 1 dello stesso articolo, per cui in ogni caso la legge in senso formale deve contenere le norme "fondamentali" di una materia.¹⁵⁰

Come nel Disegno Cost. del CF (per non parlare della vCost., che non parla nemmeno della possibilità di una delega di legge, a cui si è però sostituita una prassi consolidata)¹⁵¹, la Cost. dà la possibilità all'AF di delegare la competenza normativa senza però dire chi debba essere l'autorità (o altri) delegata.

3.3. Forma degli atti - Art. 163 cpv. 1 Cost.

a) Leggi e ordinanze

Nella parte iniziale di questa ricerca abbiamo definito i criteri materiale/formale per compiere una distinzione fra i vari tipi di norme generali-astratte che ci vengono proposte. La Costituzione, nell'art. 163 cpv. 1, prende anche spunto da questa divisione e distingue quindi la legge federale e l'ordinanza. La legge federale corrisponde a una legge in senso materiale e in senso formale (si noti che anche una norma costituzionale adempie a queste caratteristiche, ma per essa le premesse formali sono ancora più estese), mentre l'ordinanza corrisponde a una legge solo in senso materiale.¹⁵²

Chiaramente qua va compiuta una precisazione: chiamare legge o ordinanza una norma individuale e/o concreta sarebbe un *camouflage* lessicale. La materialità si vuole solo dove la norma sia generale e astratta.

¹⁵⁰ Per il contenuto della delega v. sotto cap. E 1.3.

¹⁵¹ V. DTF 102 Ia 64 e DTF 103 Ia 369 (sentenza Wäffler), che anche si riferiscono al diritto cantonale riportano die principi immanenti all'ordinamento elvetico. MÜLLER, Grudrechtstheorie, 112, nota la tendenza del TF a distinguere dei e „principi di delega“ che si vorrebbero indipendenti dagli altri diritti soggettivi costituzionali. Ci pare comunque di poter dire che la divisione dei poteri rimane la porta di apertura del tribunale all'analisi del principio di legalità (v. DTF 129 I 161).

¹⁵² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 13 N 6 ss. e § 14 N 1.

Dobbiamo qua notare che la costituzione non indica quali siano le autorità che possono usare le ordinanze come strumento normativo. Si cerca allora di capirlo da altri articoli costituzionali.¹⁵³

b) I tipi di ordinanza

Va in questa sede accennata una distinzione terminologica importante che la dottrina e la prassi giuridica riconoscono all'interno dei tipi di ordinanza.¹⁵⁴

Anzitutto bisogna distinguere tra ordinanze giuridiche e ordinanze amministrative. Queste ultime contengono norme che sono dirette esclusivamente all'organizzazione ed alla procedura interna dell'amministrazione, sono comunicazioni prescrittive interne alla struttura gerarchica. Se non hanno effetti esterni, non toccano quindi i cittadini, in genere non sono impugnabili.¹⁵⁵

Va inoltre riconosciuta la distinzione fra le ordinanze autonome, ovvero che si basano direttamente sulla costituzione, e le ordinanze dipendenti, ovvero che trovano la loro origine in una legge. Questa distinzione è particolarmente importante alla luce dell'art. 190 Cost..¹⁵⁶ Pare qua però chiaro che dove la Cost. lascia spazio alla teoria dell'essenzialità rimane ampia la possibilità di creare ordinanze indipendenti, tutelate quindi perché conformi al principio di legalità.

Infine dobbiamo scindere le ordinanze esecutive e quelle che di sostituzione. In questo caso, infatti, dottrina e giurisprudenza tendono a distinguere il contenuto dell'ordinanza in base al loro rapporto con la legge in senso formale.¹⁵⁷ Tutte queste ordinanze sono difficilmente distinguibili fra loro, ma è determinante farlo perché a dipendenza della classificazione possono o meno essere tacciate di incostituzionalità.

¹⁵³ Per il CF troviamo l'articolo sulle competenze normative e l'esecuzione (art. 182 Cost.) e gli articoli d'emergenza, che non sono oggetto di questa ricerca, inoltre nelle norme transitorie l'art. 196 n° 2 cpv. 4 Cost. l'art. 196 n° 8 cpv. 2 lett. c Cost.; all'assemblea federale è dato solo l'art. 159 cpv. 4 Cost., e nelle disposizioni transitorie l'art. 196 n° 3 cpv. 3 Cost., l'art. 196 n° 12 cpv. 3 Cost.. Non sono indicate altre autorità o enti o privati che possano emanare ordinanze, sebbene nella prassi questo sia comune, vedi sotto E 1.3 C) e F 2.2.

¹⁵⁴ La distinzione tra legge e ordinanza è antica. Era infatti già presente nella vCost. nel testo originale del 1874 (anche se riferita ai cantoni) nell'art. 102 n° 13 vCost.. Se all'inizio nella teoria il termine ordinanza valeva per tutti gli atti statali che non fossero leggi in senso formale o sentenze, in seguito si differenziò dalla norma individuale-concreta, la materialità era diventata la sua caratteristica fondamentale, senza però che vi fosse una procedura discorsiva complessa, cfr. JELLINEK, p. 366. Anche FLEINER, Bundesstaatsrecht, pp. 411 ss. dà molta importanza a questa distinzione..

¹⁵⁵ Il criterio è quindi quello del destinatario, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 14 N ss.; v. già FLEINER, Bundesstaatsrecht, p. 412. Si noti che noi sosteniamo che anche alle ordinanze amministrative vada di per sé riconosciuta la normatività in senso materiale, in questo non siamo soli, cfr. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 41 N 29. L'amministrazione in ogni caso ha "per tradizione" il diritto di auto organizzarsi senza basarsi troppo rigidamente su una legge (ZIMMERLI recht p 80; in realtà il discorso è più complesso e legato alla coercizione nei confronti dei privati, vedi JELLINEK p. 366).

¹⁵⁶ V. sotto cap. E 3.

¹⁵⁷ V. capitolo seguente su art. 182 cpv. 2 Cost.

4. *Competenze normative del CF (art. 182 Cost.)*

Art. 182 Cost. - Competenze normative ed esecuzione

¹ Il Consiglio federale emana norme di diritto sotto forma di ordinanza, per quanto ne sia autorizzato dalla Costituzione o dalla legge.

² Provvede all'esecuzione della legislazione, dei decreti dell'Assemblea federale e delle sentenze delle autorità giudiziarie federali.

L'art.182 cpv. 1 Cost. (che corrisponde all'art. 170 disegno, che il CF considera corrispondente all'art. 102 n° 5 vCost.) è il parallelo dell'art. 164 Cost. per quanto riguarda l'attività normativa delle autorità. A livello di Confederazione unicamente il CF è incaricato della competenza d'emanare "norme di diritto"¹⁵⁸ alternativamente all'AF, positivizzando una costante prassi costituzionale (implicita nell'art. 102 n° 5 Cost.) che dà al CF la possibilità di emanare norme in senso materiale e non solo ordinanze d'esecuzione, se autorizzato dalla Costituzione.¹⁵⁹

Pare qui quindi importante cercare di delineare una (difficile) distinzione tra le ordinanze che contengono "norme di diritto" e le altre ordinanze autonome, ovvero quelle d'esecuzione e quelle amministrative.¹⁶⁰

La distinzione si compie qua in base al rapporto che queste ordinanze hanno con la legge in senso formale. A dire di TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (così come per HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN)¹⁶¹ le ordinanze esecutive chiariscono la legge, senza però averne la funzione. Si limiterebbero a precisarne i dettagli, così da "garantire un'applicazione sicure e ugualitaria della legge".¹⁶² A dire la verità questa distinzione ci stupisce massimamente: nel momento in cui si crea una norma giuridica, si crea una distinzione. Si impone una regola di condotta che, se effettivamente aumenta la chiarezza, di per sé non può che essere escludente e quindi inegualitaria. Non è infatti un caso che TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, nel paragrafo dopo parlano di ordinanze che ad ogni modo "sviluppano" la legge creando nuovo diritto, ma questo non sarebbe dannoso. Basta che non si creino nuovi doveri o non si limitino i diritti. Annotiamo però, da un punto di vista puramente teorico: che la nuova regola di condotta vuole avere un influsso sui suoi destinatari. Se parliamo solo di diritti e doveri (ovvero se prendiamo il diritto come un prodotto legato all'ideologia liberale) allora ogni norma influisce su di essi, anche quando lo fa indirettamente.

¹⁵⁸ Il Messaggio Cost. omette di specificare in modo dettagliato cosa s'intenda per "norme di diritto", definendole genericamente "disposizioni legislative" che il governo può emanare.

¹⁵⁹ Messaggio Cost., p 389.

¹⁶⁰ Cfr. Messaggio Cost., p 389.

¹⁶¹ Cfr. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN 2006 N 138 ss., i quali sostengono che la ordinanza esecutiva precisa la legge, senza però potere limitare i diritti dei singoli, né imporre loro nuovi doveri.

¹⁶² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 14 N 21 s.

Il discorso non è molto diverso per le ordinanze di sostituzione. In questo caso l'ordinanza non precisa solo la legge, ma la completa (perché la legge è volontariamente lacunosa o incerta), svolgendo la funzione di una legge in senso formale senza averne però la legittimità discorsiva necessaria, necessitando quindi (a loro dire) una delega.¹⁶³

Ad ogni modo siamo questa distinzione, che è fondamentale per il principio di legalità, ci lascia molto scettici. Ci sembra sia in atto qua una dissimulazione della realtà compiuta a fini legittimatori dell'attività di governo. Ogni interpretazione di una legge equivale a creare nuove norme, ci viene difficile capire quando un'ordinanza esecutiva "applichi" una legge in modo asettico e distaccato e quando invece vada oltre i "limiti" voluti dal legislatore e diventi quindi un'ordinanza contenente "norme di diritto". Nel momento in cui l'ordinanza non si rivolge solo all'attività amministrativa interna (e pure là abbiamo i dubbi su quanto una norma "solo" interna possa effettivamente non possedere effetti esterni) allora ha effetti vincolanti per le persone che ne vengono toccate, pare difficile negare questa evidenza.

Diventa allora improvvisamente rilevante tornare alla teoria dell'essenzialità, dove la parola "essenziale" la associamo alla parola "fondamentali" come proposto da AUBERT. Seguendo questa impostazione teorica si potrebbe facilmente rinunciare alla distinzione tra ordinanze esecutive e ordinanze di sostituzione e parlare semplicemente di ordinanze giuridiche.

Queste ordinanze giuridiche potrebbero contenere, come imposto dalla costituzione, tutte le norme non-fondamentali. Siccome le norme fondamentali devono essere contenute in una legge in senso formale, addirittura non ci sarebbe più bisogno di una legge delega, poiché il governo non potrebbe *point* emanare norme dove deve obbligatoriamente legiferare il parlamento.¹⁶⁴ Un'ordinanza sarebbe allora tacciabile di incostituzionalità solo dove impone regole "fondamentali", poiché quelle non rientrano nella sua competenza. Chiaramente con questo si risolve il serio problema di sapere se nella sua attività applicativa l'amministrazione è competente per chiudere le lacune della legge in senso formale, anche nel caso la lacuna tocchi una questione "fondamentale".¹⁶⁵

¹⁶³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 14 N 25 ss.

¹⁶⁴ V. infatti la dizione dell'art. 164 cpv. 2 Cost. (... sempreché la presente Costituzione non lo escluda) c.d. art. 164 cpv. 1 Cost. (... sono emanate sotto forma di legge federale ... in particolare le disposizioni fondamentali)

¹⁶⁵ Questa domanda è ancora più intensa se la lacuna è ideologica, ovvero se il tribunale riconosce un significato della norma *contra litteram*. MOOR, mikro, p. 33, fa giustamente notare che si aprirebbe un vaso di pandora se ogni volta bisognasse discutere di chi decide quale sia il contenuto della norma. Si è deciso quindi di dare al parlamento il compito di riempire questo significato. La sacralizzazione chiaramente aiuta a stabilizzare il sistema, non risolve però il problema, che invece va riconosciuto e affrontato, in particolare permettendo la creazione di un diritto flessibile e riflessivo (pp. 38 s.)

E. Il contenuto del principio di legalità

Come già intravisto, il principio di legalità è garante di due componenti: da una parte lo Stato di diritto (per cui è necessaria una norma generale-astratta alla base dell'attività amministrativa), dall'altra la democrazia e la divisione dei poteri (per cui è necessaria una legge in senso formale).¹⁶⁶ La dottrina tedesca del 19° secolo voleva una base legale in senso formale (solo) per la limitazione della libertà e della proprietà, il TF non si è però mai rifatto formalmente ad essa e ha sempre ritenuto sufficiente una base legale in senso materiale per l'amministrazione restrittiva, a patto che ci fosse una delega.¹⁶⁷ Questa prassi, come vedremo in seguito si è poi notevolmente ampliata. Vediamo quindi quali sono i principali contenuti del principio di legalità oggi.

1. *Struttura del principio*

1.1. Il requisito della norma (anche chiamato “riserva di legge”)

a) *Norma generale-astratta*

Il requisito della norma pretende che alla base dell'attività amministrativa vi sia una norma in senso materiale¹⁶⁸, che garantisca funzioni di Stato di diritto, in particolare la sicurezza giuridica e l'uguaglianza. Non basta quindi che ci sia una decisione individuale-concreta perché lo Stato sia legittimato nella sua azione.¹⁶⁹ Con questo non è ancora detto in ogni caso se la norma debba essere fin senso formale o materiale (nell'art. 5 Cost. non si parla della forma della legge, la risposta va cercata altrove, come ad esempio nell'art. 164 Cost.), né se debba essere una norma indeterminata o dettagliata.¹⁷⁰ Per garantire lo Stato di diritto la dottrina pone l'accento sulla precisione e sulla densità della norma.¹⁷¹ Vuole insomma che dalla norma si possano gestire e prevedere i comportamenti e che in essa si intravedano le valutazioni principali del legislatore, senza lasciarle all'autorità applicatrice.¹⁷²

¹⁶⁶ ZIMMERLI, p.73; LIENHARD, p. 101 e la relativa npp. 3. V. già FLEINER, *Bundesstaatsrecht*, pp. 413 s. per cui il fatto che ci fosse il diritto di delegare è incontestato, è però comunque concettualmente molto più legato alla divisione dei poteri.

¹⁶⁷ ZIMMERLI, p. 74.

¹⁶⁸ Come già visto notiamo una differenza fra l'approccio teorico che proponiamo nella nostra ricerca e la dottrina dominante, come ad esempio HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 383, che come altri vorrebbero definire le norme di diritto solo come una norma che stabilisce i diritti e i doveri dei privati nonché l'organizzazione e la procedura per le autorità.

¹⁶⁹ *Messaggio Cost.*, p. 124.

¹⁷⁰ ZIMMERLI, p. 74.

¹⁷¹ MÜLLER *Rechtssetzungslehre*, N 68, che nota come una lesione della tecnica legislativa, ovvero dove vi sia poca densità e poca precisione, può portare il giudice a annullare la validità della norma.

¹⁷² KIENER/KÄLIN, p. 87.

Anche chi è tendenzialmente a favore delle strutture condizionali riconosce però che, vista la poca capacità dello stato di controllare la società, in determinanti contesti la densità e la precisione dovrebbero essere ridotte. Quello ci stupisce è l'arbitrarietà con cui bisognerebbe determinare questa decisione: dipende in fin dei conti dall'umore politico delle autorità legislative e amministrative.¹⁷³

b) Precisione della norma

La precisione della norma è un requisito considerato da molti vitale per la sicurezza dei rapporti giuridici e per uguaglianza giuridica, poiché permetterebbe un'applicazione unitaria delle norme giuridiche ai soggetti sottoposti.¹⁷⁴

Si vorrebbe, grazie alla precisione normativa (e riconosciamo qua una spiccata propensione a identificare la norma con la struttura condizionale) evitare di lasciare un margine decisionale troppo ampio all'autorità, bisognerebbe insomma evitare "autorizzazioni in bianco"¹⁷⁵. Chiamamente quando si parla di precisione (e di densità) della norma spesso ci si rifà alla mitizzazione legale, per cui il legislatore dovrebbe, per esprimere la propria sovranità, emanare testi senza contraddizioni né lacune, cosa questa a ben vedere intrinsecamente impossibile.¹⁷⁶

A questa visione si contrappongono chiaramente l'uso dei principi, delle norme finali e di quelle relazionali, in genere giustificati dal bisogno di gestire la "complessità della materia" da parte delle autorità amministrative direttamente a contatto con essa. Pure il ricorso a norme giuridiche indeterminate è problematico, ma esse sono più accettate, poiché camuffate da strumenti che permetterebbero di "meglio" gestire la moltitudine di casi diversi. Il problema che sta alla base del conflitto sulla precisione della norma è quindi chiaro: se il legislatore nella sua attività normativa si trova in difficoltà con la prognosi dei risultati oppure se ha difficoltà a definire verbalmente la situazione, allora si rifugia nelle norme "aperte".

C'è chi, come MÜLLER,¹⁷⁷ sottolinea il fatto che è il legislatore stesso a dover ponderare la sicurezza giuridica, l'uguaglianza, la democrazia, l'interesse alla giustizia del caso singolo. Come già sottolineato questo modo di procedere pare incoerente, proposto da un legalista come lui. Le norme aperte e imprecise sono infatti molto più garantiste rispetto a un'attività

¹⁷³ MÜLLER, *Rechtssetzungslehre*, N 115.

¹⁷⁴ *Messaggio Cost.*, p. 123 s.; vi è da notare che non c'è unità di visione dal punto di vista terminologico, v. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 N 8.

¹⁷⁵ V. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 386.

¹⁷⁶ Anche ROUILLER, p. 18, lo sostiene, e per questo dice che è necessario delegare le competenze normative. Noi siamo più drastici e diciamo che alla base delle competenze normative deve esserci una nuova dimensione del pensiero giuridico.

¹⁷⁷ MÜLLER, *Rechtssetzungslehre*, N 259.

amministrativa e giudiziale basata sul criterio della giustizia, che è personalissimo e quindi arbitrario per definizione.

Il discorso sulla precisione della norma viene riproposto anche nell'ambito della delega di legge.¹⁷⁸ Anche qua la divisione dei poteri (ma anche il principio democratico!) richiedono un'alta precisione della norma-delega. Il conflitto però si palesa anche qui, poiché se la norma-delega è necessaria, ciò dovrebbe proprio indicare che il legislatore non sa esattamente come impostare il programma normativo, lasciando quindi spazio alle altre autorità. Come può quindi utilizzare norme precise?¹⁷⁹

c) *Densità normativa*

Spesso densità e precisione sono citate assieme, quasi senza distinzione.¹⁸⁰ A noi sembra corretto distinguerle, perlomeno per trovare una precisione lessicale. Potremmo quindi affermare che la densità normativa descrive quanto il programma normativo copre una realtà atomizzata, in cui infiniti casi e infinite conseguenze sono immaginabili. Per il legislatore diventa necessario chinarsi sulla problematica dello spettro di possibilità regolate. È chiaro che meno le norme sono dense, più un ambito regolato risulterà lacunoso, lasciando così che sia l'autorità che applica la norma a compiere aggiustamento e il controllo di fino, in particolare permettendo di creare una "legislazione ombra".¹⁸¹

Determinante allora è capire non solo come regolare (precisione), ma anche quanto regolare (densità). In questo ambito contano i grandi sviluppi ottenuti dalla scienza legistica, in particolare la valutazione degli effetti normativi.¹⁸² Una minor densità normativa, con la perdita di legittimazione democratica che ciò comporta, può essere compensata dall'efficacia prevista dall'insieme del regolato, ovvero da quanto si riuscirebbero ad ottenere gli scopi previsti.¹⁸³ Parliamo comunque di un compito difficile, poiché le previsioni abbisognano di grandi risorse materiali e non si possono comunque ottenere risultati certi.

¹⁷⁸ V. sotto cap. E 1.3.

¹⁷⁹ Un conflitto che nota anche ZIMMERLI, p. 79, ma a cui non sembra voler dare troppo peso.

¹⁸⁰ Vedi p.e. MÜLLER *Rechtssetzungslehre*, N 190 ss., che le cita sempre assieme; ma pure TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 N 19 ss. nel capitolo sulla densità normativa parla sempre di precisione.

¹⁸¹ Cfr. MÜLLER *Rechtssetzungslehre*, N 221;

¹⁸² Per un'introduzione alla scienza legistica si veda RICHLI, *Daumenregeln*.

¹⁸³ FLÜCKIGER, p. 91; MOOR, *modèle*, p. 636; v. anche sopra cap. C 5 sulla legittimazione.

1.2. Requisito della forma della legge (anche chiamato “primato della legge”)

a) *Il rispetto della legge da parte di tutte le autorità*

Il postulato del primato della legge stabilisce che tutti gli organi dello Stato (e quindi non solo i privati) siano vincolati dalle leggi. Il legislatore stesso si auto-vincola, potendo sfuggire dal regolato di una legge solo modificandola nell’esatta procedura (parallelismo della forma).¹⁸⁴ Questo fa sì che le norme giuridiche emanate validamente siano garantite nella loro effettività giuridica.¹⁸⁵ In questo ambito si inserisce pure l’ideale federalista,¹⁸⁶ per cui l’autorità amministrativa deve rispettare la legge anche se deriva da un organo collettivo inferiore, se valido.

b) *L’autorità competenze all’emanazione della norma*

Come visto sopra, lo Stato svolge una funzione legislativa su vari livelli autoritativi. A dipendenza di chi e di come viene emanata la norma, si ottiene una sufficiente legittimazione, in particolare si adempie quindi al criterio democratico.¹⁸⁷ Il requisito della forma della legge statuisce allora che determinate norme giuridiche sono di esclusiva competenza del costituente o del legislatore suffragato dal consenso referendario, questo perché la procedura di ottenimento del consenso è, come visto, particolarmente più complessa rispetto a quella utilizzata dalle altre autorità competenti.

Diventa quindi determinante stabilire quando una certa competenza spetta a quale autorità, bisogna insomma trovare dei criteri di discriminazione. Affermato che la norma individuale - concreta non può essere a sé stante, ma deve essere il risultato di una sussunzione da una norma generale e astratta, il principio vuole che questa sia emanata dal legislatore (o dal costituente) seguendo la teoria dell’essenzialità.

c) *La norme importanti (o fondamentali)*

Per stabilire quale debba essere la forma con cui emanare la norma, la costituzione, come già espresso sopra, si ispira alla teoria dell’essenzialità. Astraendo dall’impossibilità linguistica di dare un significato univoco a qualsiasi parola, possiamo notare come la Cost. e l’AF ci lascino un compito difficile quando, utilizzando le parole “grave”¹⁸⁸, “importanti”, “fondamentali”¹⁸⁹ e “grandi linee”¹⁹⁰, vogliono distinguere quali norme vadano nelle leggi federali e quali nelle

¹⁸⁴ Messaggio Cost., p. 123; Petit Comm., MAHON, art. 5 N 8; SCOLARI, p. 120.

¹⁸⁵ ZIMMERLI, p. 74.

¹⁸⁶ Non oggetto di questa ricerca, ma anch’esso profondamente legato al principio di legalità.

¹⁸⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006 N 394.

¹⁸⁸ Art. 36 Cost.

¹⁸⁹ Art. 164 Cost.

¹⁹⁰ Parole dell’AF, v. Petit Comm., Aubert, art. 164 N 32.

ordinanze. Come si può ben comprendere, stupisce il fatto che la costituzione e lo stesso il principio di legalità, in teoria baluardo della democrazia e dello Stato di diritto, rinviino completamente ad altri la decisione su cosa debba stare nella legge in senso formale.

La giurisprudenza e la dottrina, sin da subito,¹⁹¹ han cercato di eliminare la problematica creata con la nuova costituzione compiendo delle distinzioni interne, creando quindi delle liste di criteri per capire l'“importanza” di un determinato intervento statale legislativo necessario.¹⁹²

A nostro vedere è interessante che così il costituente sostiene implicitamente che in realtà lo Stato di diritto e la democrazia altro non sono che strumenti legittimanti alternativi. Sosteniamo questo perché altrimenti sarebbe stata la stessa norma costituzionale, come detto ritenuta un faro nella concezione liberale di statualità, a descrivere (rigidamente) le competenze legislative.

Più concretamente, nella loro comunque inevitabile indeterminatezza, la dottrina e la prassi descrivono alcuni punti discriminanti per capire l'importanza di un determinato ambito in cui si vogliono porre delle regole. I criteri individuati allora sono (a) l'intensità dell'intervento, (b) il numero di persone toccate dall'intervento, (c) il significato per il sistema politico, (d) gli effetti finanziari, (e) l'accettabilità del provvedimento, (f) la necessità di flessibilità, (g) l'adeguatezza dell'autorità che emana la regola, (h) la novità dell'argomento.¹⁹³ Si noti, in ogni caso, che nemmeno con una check-list il problema è risolto, poiché anche un affinamento di questi criteri non può tenere conto dell'individualità di ogni caso.¹⁹⁴

Detto questo, ancora non è stabilito il contenuto delle norme “fondamentali” che il legislatore deve porre, analizziamo quindi questo argomento assieme alla questione della delega.

¹⁹¹ Vedi sentenza non pubblicata del TF 2P.369/1998 del 21.3.2000, che nel momento di transizione tra il vecchio e il nuovo diritto cita proprio il nuovo art. 164 cpv. 1 Cost.

¹⁹² In realtà non si varcavano qui terreni inesplorati, essendo la divisione dei poteri uno dei pilastri della concezione statale sin dal 1874. Più recentemente MÜLLER, Funktionen, p. 25, già aveva approntato una check-list per i criteri di importanza; v. anche SEILER, p. 314; il TF stesso nell'ambito della giurisprudenza sulla delega di legge formulava criteri di importanza, v. DTF 103 Ia 369 (Wäffler)

¹⁹³ MÜLLER, Rechtssetzungslehre, N 211 s.; MÜLLER, Funktionen, p. 25. Si noti che alla presentazione dei disegni di legge il CF deve esporre, comunque, un'analisi dettagliata preventiva a sostegno del disegno in punti non dissimili a questi, v. art. 141 LParl.

¹⁹⁴ Il problema si pone anche con il criterio della gravità utilizzato nell'art. 36 Cost., che sancisce il momento in cui non è più sufficiente un'ordinanza come base legale per l'intervento diretto dello Stato. Qua ancora meno sono accessibili delle check-list. Si pensi che KIENER/KÄLIN, p. 88, che sono considerati autori di riferimento per la questione dei diritti fondamentali, per descrivere il significato “*schwerwiegend*” usano semplicemente il sinonimo “*einschneidend*” senza approfondirlo di più. A questo punto ci viene il terrore che il pensiero *naïf* di FORSTMOSER/VOGT, §6 N 122, secondo i quali le leggi sono orientate al cittadino medio, sia più condiviso di quanto potevamo pensare quando ci siamo approcciati a questa ricerca.

1.3. La delega di legge

a) *Il concetto*

La delega di legge è lo strumento escogitato nei secoli per aggirare la rigidità del principio di legalità, in particolare nella sua funzione di baluardo della volontà popolare. Non è un caso che GIACOMETTI usi parole di fuoco “*verfassungsrechtlich unzulässige materielle Abänderung von Verfassungsrecht*” quando la prassi la ha accettata.¹⁹⁵

L’idea è semplice: il legislatore non volendo regolare in modo esaustivo una materia che gli spetterebbe decide di emanare una legge “mozza”, in cui stabilisce solo alcuni capisaldi normativi, lasciando che il resto venga emanato da un’altra autorità (o da esso stesso) in una procedura discorsiva limitata. Si noti che la Cost. vieta l’uso della legge delega in alcuni casi.¹⁹⁶

La prassi del TF vuole che non tutte le leggi delega debbano sottostare agli stessi requisiti. Per l’amministrazione promozionale l’esigenza di precisione e densità è meno rigorosa rispetto a quando bisogna delegare competenze normative che implicano una lesione dei diritti soggettivi dei cittadini.¹⁹⁷

b) *Per una critica*

Vorremmo però proporre una critica: se assecondassimo la teoria dei sinonimi proposta da AUBERT (e a noi ciò pare sia pienamente giustificabile) ci accorgeremmo che in realtà non c’è bisogno delle leggi-delega per il CF. Se infatti essa deve descrivere i caratteri “fondamentali” di una regolamentazione futura e lasciare ad altra autorità la sua concretizzazione, noi notiamo che ciò è comunque il requisito minimo (e sufficiente) imposto per tutti gli ambiti in cui è necessaria una legge in senso formale (teoria dell’essenzialità declinata secondo la teoria dei sinonimi). Il governo è già competente di suo per emanare norme “importanti” (inteso nel senso comune). Molto diversa era la questione -nella teoria, ma non nella pratica-¹⁹⁸ con la vCost., che non dava direttamente compiti normativi all’esecutivo (dava infatti solo quelli esecutivi¹⁹⁹).²⁰⁰

A nostro dire, quindi, il concetto stesso di legge delega al CF è inutile.

¹⁹⁵ Giacometti, *Rechtsverordnungsrecht*, p. 390.

¹⁹⁶ Come è fatto notare anche dall’art. 164 cpv. 2 Cost. Gli articoli in questione sono ad p.e. 84 cpv. 2 Cost., 151 cpv. 1 Cost., 153 cpv. 4 Cost., 155 Cost., 158 Cost., 162 cpv. 2 Cost., ovvero tutti articoli che prevedono che “la legge” stabilisca qualcosa, escludendo così (con l’uso di un’interpretazione *a contrario*) l’ordinanza.

¹⁹⁷ SCOLARI, N 344.

¹⁹⁸ V. esempi citati da Petit comm., AUBERT, art. 164 N 19 ss..

¹⁹⁹ Per una critica a questo concetto v. sopra cap. D 3.3 b) e cap. D 4.

²⁰⁰ V. MÜLLER, *Möglichkeiten*, p. 6; , v. FLEINER, *Bundesstaatsrecht*, p. 414, che ricorda la competenza autonoma del CF nell’emanare ordinanze normative sono in caso di emergenza. Nelle varie revisioni della vCost. alcune competenze da sbrigare con ordinanze normative per il CF sono comunque sorte, v. artt. 35, 36quinquies, 36sexies, 41 e altri articoli delle disposizioni transitorie della vCost. allo stato del 20 aprile 1999.

E dove la Cost. afferma che determinate disposizioni devono essere nella legge,²⁰¹ queste in realtà non sono riferite ad una possibile attività di delega. Sono piuttosto una concretizzazione della parola “fondamentali” dell’art. 164 cpv. 1 Cost., rimarcando gli ambiti in cui è necessaria una produzione normativa in procedura discorsiva complessa.²⁰² Riteniamo quindi la lettera dell’art. 164 cpv. 2 Cost. fuorviante. La possibilità di delegare competenze normative dovrebbe riferirsi solo ad autorità, enti, corporazioni o privati non già designati dalla Cost..

Chiaramente è più complicata la questione di sapere cosa fare in un ambito in cui il legislatore (o addirittura il costituente) hanno taciuto e non si può costatare la presenza di un silenzio qualificato. Come bisogna comportarsi in caso di lacuna? A onor del vero la giurisprudenza in questo ambito, anche forte di una norma del CC che potremmo dire ha pervaso l’intero ordinamento,²⁰³ permette che il potere giudiziario colma queste lacune.²⁰⁴ Ma perché, ci si chiede, i giudici possono avere una competenza normativa (extra-costituzionale) e il governo no?

c) *Chi sono le autorità delegate?*

Rimanendo all’interno della concezione (fuorviante) di delega, la Cost. non indica chi debba essere l’autorità delegata. In primis possiamo allora indicare il CF, incaricato dall’art. 182 Cost.,²⁰⁵ che può anche delegare ai suoi dipartimenti.²⁰⁶ Bisogna qui però anche citare l’AF stessa come autorità che emana ordinanze, questo per motivi di rapidità²⁰⁷ o di necessità di non agire attraverso la strettoia del “pericolo” referendario.

Troviamo poi il TF che, sebbene non abbia competenze previste dalla Cost. è stato incaricato (con una legge delega) più volte dall’AF di svolgere funzioni legislative.²⁰⁸ Questo è successo anche con la Cancelleria federale,²⁰⁹ e notiamo dall’art. 2 let. e LPubl che pure con altre “or-

²⁰¹ V. sopra npp. 15; si noti inoltre che la Cost. stessa spesso definisce ancora meglio cosa dovrebbe contenere la legge in senso formale, v. artt. 64a cpv. 3 Cost., 63a cpv. 4 Cost., 48a cpv. 3 Cost., 127 cpv. 1 Cost. (quest’ultimo funge addirittura la funzione di diritto soggettivo costituzionale).

²⁰² Anche l’AF ribadisce che determinate questioni non sono assolutamente delegabili (BU 1998 2599). Si faccia però attenzione: in una legge federale l’AF (accompagnata dal popolo in via referendaria) può effettivamente decidere di delegare l’emanazione di norme “fondamentali” ad altra autorità. Questo sarebbe anticostituzionale, ma come vedremo sotto al cap. E 3 l’assenza di giurisdizione costituzionale sulle leggi federali fa sì che il TF non possa annullare le ordinanze emanate in forza di queste deleghe.

²⁰³ Parliamo qui chiaramente dell’art. 1 cpv. 2 CC.

²⁰⁴ Vedi su diritto giudiziale sopra xxx.

²⁰⁵ E non ci stupisce, poiché esso è (a dispetto di ciò che si può pensare in un’ottica eccessivamente democratica) la vera autorità a contatto con la legge, nel momento creativo come in quello esecutivo, in tutte le sue sfaccettature, in particolare quelle più tecniche.

²⁰⁶ Art. 48 LOGA.

²⁰⁷ Sulla rapidità come criterio legittimante vedi sopra cap. C 5.

²⁰⁸ V. p.e. Ordinanza del Tribunale federale del 27 settembre 1999 relativa all’applicazione della legge sull’archiviazione (RS 152.21). Facciamo notare che il TF comunque interviene normativamente quando si deve (vuole) occupare in via di giudizio di colmare una lacuna normativa.

²⁰⁹ V. p.e. Ordinanza della Cancelleria federale del 30 novembre 2011 sui controlli di sicurezza relativi alle persone (OCSP-CaF) (RS 120.421).

ganizzazioni e persone di diritto pubblico o privato cui sono affidati compiti amministrativi²¹⁰ potrebbe succedere, visto che se lo fanno esse vanno pubblicate nella RS.

Non solo, quindi, a “organizzazioni e persone di diritto pubblico o privato che non fanno parte dell’amministrazione federale” possono essere affidati per legge “compiti amministrativi” come deciso dall’art. 178 cpv. 3 Cost.. A ben vedere la loro competenza può andare oltre.²¹¹

2. Dove vige un principio di legalità allentato

Indipendentemente dalla critica che si è qua proposta sul principio di legalità, va notato che in determinati ambiti la dottrina e la prassi costituzionali già riconoscono una validità ridotta del principio di legalità. Questo significa che sia il bisogno di legittimità democratica, sia i requisiti di uguaglianza e di sicurezza giuridica hanno in questi campi meno peso. Non vogliamo proporre qua un’analisi dettagliata, vale però la pena citare alcuni ambiti rilevanti.

Anzitutto il diritto emergenziale, che non è oggetto della nostra ricerca, esce evidentemente dagli schemi della legalità. Più rilevante è quindi citare qua l’autonomia riconosciuta all’amministrazione negli ambiti di organizzazione interna. Le ordinanze amministrative quindi non sono considerate norme in senso materiale, come non lo è l’amministrazione del patrimonio amministrativo, vige quindi molta libertà. L’organizzazione statale va in ogni caso un minimo strutturata a livello di legge in senso formale.²¹² I rapporti giuridici particolari (alunni di una scuola, carcerati, utenti di enti pubblici, in genere persone che hanno una relazione molto stretta con lo Stato) necessitano solo di una tutela allentata²¹³ così come l’utilizzo accresciuto del suolo pubblico²¹⁴. I contratti amministrativi esistono a loro volta per garantire flessibilità alla gestione della cosa pubblica, vale però in questo caso il divieto di usare i contratti per aggirare la legge. Più problematiche appaiono qui il trattamento ugualitario nel reato e il mantenimento del principio di buona fede nonostante la legge imponga altro.²¹⁵

²¹⁰ Sulla validità del principio di legalità per questi v. sotto cap. F 2.2.

²¹¹ In quest’ottica l’art. 162 cpv. 2 Cost. ha sì una valenza importante e potrebbe fungere così, sebbene sia poco chiaro, da base costituzionale. Purtroppo nelle discussioni parlamentari non troviamo aperture in questo senso, ma non possiamo dire che sia un silenzio qualificato (cfr. BU 1998 865).

²¹² LIENHARD, p. 111.

²¹³ HÄFELINMÜLLER/UHLMANN, N 478.

²¹⁴ V. DTF 127 I 279 (Circo Gasser), v. RHINOW, 2000, p. 155.

²¹⁵ Per approfondire v. ZIMMERLI, p. 78.

3. *Giustiziabilità*

Art. 190 (diritto determinante)

Le leggi federali e il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto.

Nella questione della legalità un punto fondamentale è giocato dall'art. 190 Cost., che prescrive che il TF usi come diritto determinante le leggi e il diritto internazionale. Ciò che l'articolo omette, e si tratta di un silenzio qualificato,²¹⁶ è la citazione che la Cost. sia diritto determinante. Si rinuncia quindi in Svizzera ad avere la giurisdizione costituzionale sulle leggi in senso formale emanate dall'AF.²¹⁷ Si faccia però attenzione: l'art. 122 LTF prescrive un automatismo di fatto nella revisione di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo contrastante con una sentenza svizzera. Questo chiaramente comporta un'applicazione autonoma e assoluta della Carta europea dei diritti dell'uomo, anche contro le leggi federali.²¹⁸

Non avere la giurisdizione costituzionale sulle leggi federali non comporta comunque un abbandono della gerarchia delle fonti normative. Le ordinanze continuano a sottostare a un controllo (concreto)²¹⁹ di costituzionalità, a patto che non siano legittimate nella loro incostituzionalità da una legge federale. Di fondamentale importanza è quindi la questione della giustiziabilità del principio di legalità, ovvero sapere se richiamandosi a questo principio il TF può dichiarare nulla una norma emanata da un'autorità che non sia il legislatore o il costituente.

Il TF può anzitutto decidere (a meno che non ci sia la volontà contraria esplicita del legislatore) di rendere inoperante una norma perché lesiva del requisito della forma. Dove quindi chi emana l'ordinanza o il regolamento non sia autorizzato a farlo perché competenza di un'altra autorità superiore. Questa garanzia della forma di legge, prima chiamata primato della legge, può essere fatta valere come diritto soggettivo costituzionale alla divisione dei poteri.²²⁰

Altro discorso invece bisogna compiere per la giustiziabilità del requisito della norma (riserva della legge). Il parlamento è infatti tutelato nelle sue scelte, può quindi liberamente decidere

²¹⁶ Mantenendo la prassi precedente, che seguiva l'art. 113 cpv. 3 vCost.

²¹⁷ Cfr. la sentenza del TF 1C.182/2011 del 20.12.2011 sulla portata dell'art. 190 Cost. in relazione alle spiegazioni (che oseremmo chiamare abusive) del CF nell'ambito della votazione sulla riforma dell'imposizione delle imprese II. Si osservi inoltre la recentissima conferenza stampa del 9 marzo 2012 del TF, che ha una volta di più ribadito che non ha interesse a fungere da tribunale costituzionale completo (v. http://www.bger.ch/mm_bger_bstger_bvger_bpatger_d.pdf, consultato il 19 marzo 2012).

²¹⁸ Cfr., comunque più cauto, RHINOW, *Prozessrecht*, N 135. Non è argomento di questa ricerca, ma è di sicuro interesse un approfondimento dei limiti e dei requisiti del principio di legalità dal punto di vista del diritto internazionale.

²¹⁹ RHINOW, *Prozessrecht*, N 707.

²²⁰ ZIMMERLI, p. 79; RHINOW, *Prozessrecht*, N 2114 s.

di emanare volontariamente una norma molto imprecisa, consapevole di lasciare così ampio spazio normativo ad altri.

Diverso è se il governo (o altri) emana una norma troppo imprecisa o troppo poco densa. In questo caso il principio di legalità potrebbe permettere ai tribunali di intervenire contro una decisione dell'organo esecutore. Qui si pone però il problema della giustiziabilità autonoma di questo principio. È necessario quindi qui distinguere i requisiti per un ricorso in materia di diritto pubblico (artt. 82 ss. LTF) o un ricorso subsidiario in materia costituzionale (artt. 113 ss. LTF). Per il primo è sufficiente contestare una lesione del diritto federale (art. 95 lt. a LTF), per il secondo è necessaria una lesione dei diritti soggettivi costituzionali (art. 116 LTF). Possiamo allora osservare che la dottrina riconosce al principio di legalità il ruolo di diritto federale, ma non di diritto soggettivo costituzionale²²¹

Bisogna comunque fare attenzione a non commettere l'errore di cui parlavamo sopra. Il principio di legalità va sì osservato nello svolgimento dell'attività legislativa e amministrativa,²²² ma nella sua applicazione va ponderato con gli altri principi (rendendo il risultato della disputa giuridica altamente incerto).²²³

4. *Legalità della Costituzione?*

La Cost. è l'opera normativa più generale e astratta che lo Stato nelle sue procedure abbia emanato. In un circolo paradossale essa però a sua volta legittima lo Stato, che deve rispettarne i precetti.²²⁴ Da un punto di vista puramente formale la Cost. è una legge che ha goduto di un apporto discorsivo, quindi democratico e legittimante, idealmente più ampio di una legge. Per emanare un'intera costituzione si discute più a lungo e sono coinvolte più persone rispetto a una legge.²²⁵

²²¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006 N 364; un discorso a parte va fatto per quanto riguarda la giustiziabilità del principio di legalità nel diritto fiscale. In quel caso esso è giustiziabile, in particolare quando non sono adempiuti requisiti della norma come indicato nell'art. 127 Cost. Questo non stupisce, siccome la Storia del rapporto del diritto fiscale con la legge è antichissima, alcuni (MANNORI/SORDI, pp. 88 ss.) addirittura indicano proprio le innovazioni fiscali come principali motivi di evoluzione del diritto amministrativo nella Storia. Come detto sopra, non si può in questa ricerca approfondire intensamente la legalità nell'ambito del diritto fiscale per meri motivi di spazio.

²²² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 364.

²²³ Esso infatti non è una norma, e un principio. Il risultato della ponderazione è come già sottolineato sempre incerto, ancora più che con delle norme, indipendentemente dal tipo di indeterminatezza dei concetti ivi espressi. Va infine notato come il principio di legalità non sia contestabile giudizialmente per la mancata efficacia di una norma posta dal legislatore, sebbene questo punto potrebbe sì essere più importante dell'eccessiva apertura di una norma imprecisa. (cfr. FLÜCKIGER, p 92).

²²⁴ KUNZ/MONA, § 7 N 22.

²²⁵ V. artt. 192 ss. Cost. per la revisione, art. 138 ss. Cost. per l'iniziativa popolare.

Il risultato, però, è in genere un'opera legislativa che dice poco o nulla a causa della sua estrema generalità ed astrattezza. E quindi, curiosamente, è lei stessa lesiva del principio che prescrive. La massima legittimità spetta quindi a un complesso di parole indeterminate.²²⁶

Non è un caso che la revisione del 1999 ha voluto essere una positivizzazione di una prassi costituzionale non scritta che si è sviluppata in ben più di un secolo di vita²²⁷: ancora più che per le leggi, nel momento stesso in cui una costituzione viene scritta il suo significato si evolve in direzioni impensate dal costituente.

Stabilita questa "incoerenza" dell'ordinamento, viene spontaneo a questo punto chiedersi quale rapporto intercorra in realtà fra la Cost. e la legge. Un tema spinoso questo, soprattutto pensando alle aspettative che si creano nel momento dell'accettazione da parte del popolo di un'iniziativa costituzionale, che spesso diventa vincolante solo con l'emanazione di una legge da parte dell'AF (a causa dell'art. 190 Cost.).

La questione di sapere se il legislatore nella sua attività normativa "crei leggi" o "esegua il dettato costituzionale" non è un semplice esercizio di stile.²²⁸ Questo è in particolare problematico quando alcuni teorici propongono (illusoriamente, visto che la norma è sempre contingente) che alcune norme costituzionali siano considerate eterne.²²⁹ Da un profilo teorico la distinzione deriva infatti dall'impostazione induttiva o deduttiva della creazione della norma. Si risponde a esigenze pratiche oppure si pretende di seguire un ideale? In entrambi i casi c'è, infatti, una creazione normativa.²³⁰ Ma forse ancora più di ciò si potrebbe mettere in dubbio in sé il concetto liberale di legislazione o di creazione di norme in senso materiale. Se infatti l'idea alla base della norma generale-astratta è la riproducibilità delle cose, si ha inevitabilmente un problema quando si è davanti a un caso individuale concreto. La logica del generale e astratto premette un mondo infinito. E questo non c'è.²³¹

²²⁶ Su questo paradosso v. MOOR, mikro, p. 56 e p. 59.

²²⁷ Messaggio Cost., pp. 107 s.

²²⁸ E si noti che questa questione è parallela a quella di sapere se veramente esistono "ordinanze esecutive".

²²⁹ Come fa p.e. GIACOMETTI in: TSCHEMITSCHER p. 28.

²³⁰ Müller, Rechtssetzungslehre, N 26 ss., anche se poi lui la creazione normativa la interpreta profuturo per la legiferazione e relativa al passato per l'applicazione, così invece non è.

²³¹ MOOR, mikro, pp. 48 s.

F. Lo sviluppo verso il domani

1. *La prima svolta: la legalità nell'amministrazione promozionale*

1.1. La legge nello Stato del benessere

La tendenza di fine Ottocento dell'ampliamento dei servizi ha vissuto in aumento esponenziale nel secondo dopoguerra, andando oltre al vecchio concetto ottocentesco di Stato di polizia.²³² Questo ha provocato tra le altre cose anche una maggiore politicizzazione del diritto, per cui sono penetrati nel sistema valori fino allora confinati al suo ambiente. Questo ha provocato anche una modifica della razionalità del sistema, si discute sempre più orientati alle conseguenze e sempre meno pensando alla risoluzione di problemi passati.²³³ Allo stesso modo l'amministrazione ha vissuto uno scatto giuridico. Sempre più assume peso la differenza concettuale tra "amministrazione restrittiva" (che vede lo Stato limitare i diritti e le libertà dei privati, in particolare utilizzando comandi autoritari) e l'"amministrazione promozionale" (per cui lo Stato offre servizi e mezzi, incoraggiando e sostenendo i privati, in genere non in modo autoritario).²³⁴

La limitazione della riserva di legge all'amministrazione restrittiva derivava dalla dottrina tedesca del 19° secolo. Ma questa dottrina non si confaceva più ai criteri democratici del dopoguerra. Se addirittura il tribunale costituzionale tedesco la rigettò, ancor di più si pensò ciò doveva valere per la democrazia referendaria elvetica.²³⁵

1.2. La DTF 103 Ia 369 (Wäffler): una sentenza epocale

La DTF 103 Ia 369 segnò un vero cambio di regime nella giurisprudenza svizzera riguardo la validità del principio di legalità. L'oggetto di causa era un ricorso contro un nuovo articolo (§ 34a UG) di una legge universitaria cantonale di Basilea città (considerata una pura legge che dà sovvenzioni)²³⁶ che dava, come novità, la possibilità al governo (consultando altri organi) di limitare l'accesso all'università agli studenti con il cosiddetto *numerus clausus*, senza specificare meglio quali sarebbero dovute essere le condizioni che avrebbero dovuto soddisfare gli studenti per poter far parte della cerchia degli ammessi. La divisione dei poteri giocò un ruolo fondamentale nella decisione presa dal TF, e con essa il principio di legalità.

²³² Per un approfondimento sullo Stato del benessere v. MASTRONARDI, N 887 ss.

²³³ TEUBNER, Folgenorientierung p 12.

²³⁴ MASTRONARDI, N 904 ss.; utilizzo le parole "restrittiva" e "promozionale" basandomi sul lessico utilizzato da SCOLARI, N. 12. Il CF usa al posto di "promozionale" la parola "contributiva", v. Messaggio Cost., p. 124.

²³⁵ Verfassungsrecht, MOOR, § 16 N 20 s.

²³⁶ DTF 103 Ia 369, c. 8.

Il TF, statuito che la delega in oggetto poneva una norma in senso materiale e non solo di carattere organizzativo, ha riconosciuto che vi sono svantaggi per lo sviluppo di una persona se viene inserito un *numerus clausus* universitario. Nonostante non ci fosse un diritto costituzionale garantito dalla costituzione all'istruzione, vi era infatti indivisibilità della prestazione, che provocava, in una situazione di monopolio statale, l'effetto "o tutto o niente", oltretutto rischiando di rendere inutile lo studio liceale.

A fronte di questa limitazione della prestazione fornita dallo Stato si rendeva inevitabile un'analisi della necessità di un'eventuale base legale per la limitazione e della costituzionalità di una delega che permettesse questa limitazione. Il TF ha ribadito quindi che ogni delega era una lesione del principio della divisione dei poteri, del principio democratico, del principio di uguaglianza e del principio di legalità. E per questo si è arrogato il diritto di analizzare sempre la costituzionalità di una delega, ovvero se i requisiti minimi confacenti a uno Stato di diritto fossero rispettati.²³⁷

In particolare analizzò il rispetto della riserva di legge. Già nel 1972²³⁸ era stato riconosciuto che ove vi fosse un intervento "grave" nella situazione giuridica dell'amministrato era necessario avere nella norma delega "*des directives précises portant sur l'essentiel*"²³⁹ del regolato. La giurisprudenza fino al 1977 riguardava però ancora solo le deleghe nell'ambito dell'amministrazione restrittiva. Da qui la questione di sapere se e come limitare con una delega l'ampliamento della riserva di legge all'amministrazione promozionale, in particolare che tipo di precisione e densità dovesse avere. Il TF però su questo punto ha fatto un passo indietro: ha detto che non c'era una risposta unitaria, necessitando l'argomento una valutazione fra vari interessi.²⁴⁰

Il TF ha voluto però indicare alcuni criteri per cui si potesse accettare una delega nella limitazione dell'amministrazione di prestazione. In particolare (a) che la riserva di legge va mantenuta dove si impongono doveri a cittadini; (b) che ci sia tutela dall'arbitrio dell'esecutivo (che crea la norma e la esegue) e sia mantenuto l'ordine democratico, memori che più il controllo giudiziale è ampio, meno c'è democrazia e quindi bisogna mantenere i fondamentali nella delega; (c) che bisogna garantire la riserva di legge se si danno prestazioni solo in cambio di obblighi; (d) che quando c'è (giustificata) incertezza sul futuro la legalità va indebolita; e (e) che non bisogna essere troppo rigidi con la riserva di legge quando i rapporti fattuali potrebbero cambiare in fretta.

²³⁷ DTF 103 Ia 369, c. 3.

²³⁸ DTF 98 Ia 109.

²³⁹ Vediamo che da allora poco è cambiato dal punto di vista terminologico (nell'utilizzo di concetti giuridici indeterminati).

²⁴⁰ DTF 103 Ia 369, c. 6.

A fronte di quanto scritto sopra, il TF ha deciso di rigettare il ricorso contro la legge delega del § 34a UG. Se infatti l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati era inevitabile, era altrettanto chiaro che il *numerus clausus* era inteso come *ultima ratio* a disposizione del governo. Il fatto che fosse il governo a scegliere i criteri di selezione era effettivamente non ottimale (*bedenklich*), ma lecito poiché altrimenti si darebbe dato troppo peso al principio democratico, oltretutto dopo aver il popolo ha approvato questo articolo con il referendum.²⁴¹

1.3. L'analisi

La sentenza Wäffler è stata importante per svariati motivi. È stato specificato che la riserva di legge non era vincolante per tutti gli ambiti del diritto amministrativo²⁴² e si è accentata la limitazione della forza normativa governativa quando essa limita una prestazione.²⁴³ Osservando le motivazioni della sentenza viene messo peso sull'importanza di un determinato ambito, sembra non venga dato un significato molto distante dall'odierna teoria dell'essenzialità.²⁴⁴ Vengono inoltre accennate delle linee guida per la delega di legge,²⁴⁵ affermando però che bisogna intervenire a seconda della "necessità di regolare" e dell'"adeguatezza della regolamentazione", poiché il TF non deve bloccare l'amministrazione, che deve poter agire anche laddove si presentino lacune normative.²⁴⁶

Il TF non riuscì però a dare una linea univoca nella sua interpretazione della divisione dei poteri, non riuscì a stabilire in modo certo quando la delega si può fare e quando no.²⁴⁷ Ha però compiuto già allora un passo deciso verso l'essenzialità, flessibilità e praticabilità, ribadendo la necessità di essere reattivi ai cambiamenti. Elogiando quindi la tecnica rispetto alla democrazia.

²⁴¹ DTF 103 Ia 369, c. 7.

²⁴² Commentaire, AUBERT, art. 164 npp. 43, che nota come appena ampliata la legalità nella stessa sentenza è stata subito ridotta. Comunque dopo la DTF 104 Ia 440 (Gabathuler) sembra estendere la decisione a tutta l'amministrazione promozionale.

²⁴³ Tendenza questa svizzera, ma anche e soprattutto tedesca, per cui ci si emancipa dalla vecchia idea della limitazione solo dove si entra duro nei diritti costituzionali. Anche ZIMMERLI, tiene a specificare ciò, rifacendosi alla necessità di un'amministrazione più funzionale. Si noti che non viene con questa decisione vincolata la possibilità di fornire prestazioni senza una base legale. Questa assenza di base legale per fornire una prestazione non sembra in ogni caso sia considerata necessaria, perlomeno non dal CF. Si pensi ai sussidi G+S, stabiliti dalla Legge federale del 17 marzo 1972 che promuove la ginnastica e lo sport (RS 415.0). Nel suo art. 7 viene indicato il margine di età dei bambini su cui G+S promuove la prevenzione (10-20 anni). Il limite inferiore è d'altronde ribadito nell'art. 18 dell'Ordinanza del 21 ottobre 1987 sul promovimento della ginnastica e dello sport (RS 415.01). Nel contempo, *extra leges*, lo strumento G+S kids prevede sussidi per le attività con bambini dai 5 anni di età (v. <http://www.jugendundsport.ch/internet/js/it/home/js-kids/uebersicht.html>, consultato il 19 marzo 2012).

²⁴⁴ V ZIMMERLI, pp. 75 s, che sostiene che le norme importanti sono riservate alla legge in senso formale, proponendo già allora un cambio di definizioni e proponendo di chiamarlo "requisito della base legale" invece di "riserva di legge". Si noti che qua il significato della teoria dell'essenzialità pare piuttosto declinato *à la* WIEDERKEHR piuttosto che *à la* AUBERT.

²⁴⁵ Che, ricordiamo, non era sancita nella vecchia costituzione.

²⁴⁶ ZIMMERLI, p. 75.

²⁴⁷ DTF 103 Ia 369.

2. *Il New public management*

2.1. Delineamenti principali

Se la sentenza Wäffler ha aperto la strada verso una visione nuova del diritto amministrativo, statuendo l'importanza delle prestazioni date dall'amministrazione, il loro legame con i diritti del cittadino e il conseguente aumento dei requisiti della legalità, un'altra evoluzione fondamentale ha avuto luogo. E ha messo in crisi questo principio.

Il *New public management* (NPM) o “gestione amministrativa orientata agli effetti” ha proposto qualcosa di rivoluzionario: le autorità amministrative dovrebbero con la loro azione, per essere legittimate, cercare di ottenere effetti misurabili (legittimazione-output).²⁴⁸ Ma non solo: si è voluto pure aumentare l'efficienza e diminuire i costi, rendere l'amministrazione più orientata al pubblico, separare la funzione di *stakeholder* da quella di *shareholder*, rendere l'attività amministrativa indipendente dalle logiche politiche e per questo organizzarne l'attività tramite dei mandati di prestazione, creare una gestione di carattere aziendale.²⁴⁹ Come si può intuire quest'idea di attività statale ha immediatamente posto una profonda ipoteca sul principio di legalità sia per la divisione dei poteri e quindi per il requisito della forma, sia per il requisito della norma e della sua precisione.

Il NPM pretende quindi che la norma con cui gli organi o gli enti vengono incaricati di compiere funzioni pubbliche sia formulata in modo indeterminato e orientato allo scopo. Si permetterebbe, non ostacolando l'organizzazione e l'adempimento dei compiti dell'autorità, di prendere decisioni che sortiscano degli effetti tangibili nel caso singolo, lasciando quindi in sottofondo i criteri di sicurezza e uguaglianza giuridica, fin troppo mitizzati.²⁵⁰

A questo si associa l'esigenza di avere norme statali che si possano facilmente modificare, potendo così rispondere rapidamente agli stimoli sociali ed ambientali, orientandosi alle diverse necessità contingenti. Dal punto di vista legislativo si dà quindi più peso alle ordinanze e i regolamenti degli enti autonomi, che sottostanno a requisiti discorsivi procedurali più leggeri.²⁵¹

Questo modo di fare dovrebbe permettere all'azione statale di concentrarsi sulla qualità delle

²⁴⁸ MASTRONARDI, N 907 ss.; importante qui ribadire la considerazione di MOOR, modèle, p. 630: l'evoluzione è continuata e ha conferito allo Stato sempre più compiti gestionali, l'amministrazione deve essere libera di gestirli efficacemente.

²⁴⁹ RICHLI, *Entfaltungsmöglichkeiten*, pp. 290 ss.

²⁵⁰ Si noti che non solo l'amministrazione promozionale, ma anche l'amministrazione restrittiva e pure la giurisdizione amministrativa è sottoposta a questa riduzione degli ostacoli, sebbene i criteri di riduzione siano diversi, v. RICHLI, *Entfaltungsmöglichkeiten*, p. 293.

²⁵¹ SUTTER-SOMM, pp. 51 s.

prestazioni fornite e degli scopi ottenuti con i suoi interventi, spostando la legittimità dalla democraticità della norma all'efficacia e alla tecnica.²⁵²

Una questione fondamentale diventa quindi trovare strumenti per mantenere il (limitato) controllo democratico sull'attività statale nonché per evitare lo sconfinamento nell'arbitrio delle autorità e quindi una crassa riduzione dell'uguaglianza giuridica e dello Stato garantista. Tutto questo dovrebbe essere recuperato tramite una procedura comunque discorsiva di emanazione della legge, modificando gli attuali rapporti informativi.²⁵³

2.2. La legalità per gli enti autonomi

Mentre varie sono le norme costituzionali che calibrano il rapporto dell'autonomia normativa tra AF e CF, spicca per la sua assenza nell'impianto costituzionale la determinazione dello spazio di movimento degli enti autonomi. Se troviamo infatti dei lineamenti per la presa di competenze gestionali, sulla possibilità di emanare norme troviamo come detto solo un appiglio (implicito) nella legge delega.

I soggetti dell'amministrazione decentralizzata e le divisioni amministrative interne autonome, figli delle grandi innovazioni portate dal NPM, hanno quindi la possibilità di creare norme generali e astratte nel proprio ambito operativo se una legge in senso formale²⁵⁴ glielo permette. Queste ad ogni modo non riescono a raggiungere il rango di ordinanza.²⁵⁵ Allo stesso modo è necessaria, per tener conto delle divisioni politiche, di una base legale in senso formale per privatizzare delle responsabilità amministrative.²⁵⁶

Le leggi devono quindi evitare di definire i dettagli e piuttosto stabilire i grandi principi dell'attività NPM, contenendo quindi dei mandati di prestazione verso le autorità decentralizzate, senza imporsi con strutture normative condizionali. Questa minore densità normativa viene compensata con il controllo degli effetti raggiunti dall'attività statale.²⁵⁷

2.3. L'organizzazione dell'amministrazione e la giurisdizione

Nel diritto dell'organizzazione è molto importante conoscere competenze e procedure, per cui si vorrebbero delle regole molto precise, ma non necessariamente molto legittimate a livello di legge in senso formale.²⁵⁸ In particolare l'ente autonomo (si pensi alle corporazioni di dirit-

²⁵² Cfr. Lienhard, pp. 105 s.

²⁵³ Cfr. BONZ/LIENHARD, pp. 9 s.

²⁵⁴ La loro istituzione è una costante per tutti gli ambiti dell'attività dello Stato e fa parte delle norme "fondamentali" che abbiamo definito sopra.

²⁵⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 15 N 1 ss.

²⁵⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 11 N 1 ss.

²⁵⁷ SUTTER-SOMM, p. 52. I criteri per capire quanto debba essere intensamente regolata la legge delega sono quegli stessi criteri d'importanza descritti sopra al cap. E 1.2 c)

²⁵⁸ MÜLLER, Funktionen, pp. 22 s.

to pubblico, alle organizzazioni a economia mista o addirittura a interi sistemi sociali), segue logiche interne alternative a quelle del consenso (politiche). Per l'ente possono entrare altre priorità in conto. Si parla quindi di efficienza (se si seguono codici economici), di etica (se filosofico-religiosi), di strategia (se militari), di bellezza (se artistico-estetici) ecc.. Se per l'organizzazione dell'amministrazione interna in genere valgono pretese legislative meno ampie visto che è riconosciuto il bisogno di auto-organizzazione dello Stato²⁵⁹ è abbastanza curioso che la Cost. non parli in nessun modo delle potenziali competenze normative da dare direttamente all'amministrazione decentralizzata. Soprattutto sapendo che esso è uno dei punti centrali del NPM, ovvero permettere un'autonomia normativa verso l'interno e verso l'esterno.²⁶⁰

Automaticamente ci si pone quindi la questione della giurisdizione cui sono sottoposti i soggetti dell'amministrazione decentralizzata. L'art. 33 let. h LTAF stabilisce che è aperto il ricorso al TAF per le decisioni prese da "delle autorità o organizzazioni indipendenti dall'Amministrazione federale che decidono nell'adempimento di compiti di diritto pubblico loro affidati dalla Confederazione". Le autorità che per ora la giurisprudenza ha designato tali sono gli istituti collettori previdenziali, il Fondo nazionale svizzero per la ricerca, la fondazione Pro Elvetia, l'Istituto svizzero per gli agenti terapeutici, la Federazione dei medici svizzeri.²⁶¹ Come detto il principio di legalità è diritto federale, quindi è determinante anche per l'attività normativa di questa amministrazione decentralizzata.

2.4. La valutazione

Di importanza decisiva è la valutazione dell'attività amministrativa. La terminologia non è sempre univoca, ci baseremo allora su FLÜCKIGER, che vuole distinguere tra efficacia, effettività e efficienza, dove l'efficacia in un senso ampio è usata anche come concetto collettivo per i tre, come ad esempio nell'art. 170 Cost., che ne codifica la presenza nel nostro ordinamento giuridico.²⁶² L'efficacia è la capacità di una misura di rispettare gli obiettivi posti dalla legge, si rapporta quindi ai risultati. L'effettività è il grado di congruenza tra gli obiettivi posti e il comportamento effettivo del gruppo osservato, ovvero come reagisce il suo comportamento dopo che è stata fornita una prestazione o un compito pubblico. L'efficienza è invece la comparazione tra risorse investite in una legge e i risultati ottenuti, facendo quindi un'analisi

²⁵⁹ LIENHARD, .p. 112.

²⁶⁰ Cfr. SUTTER-SOMM, p. 53.

²⁶¹ V. Praxiskommentar, MAYHALL, art. 3 N 5.

²⁶² Cfr FLÜCKIGER, p. 85. N.b. non vogliamo qua parlare di efficacia in senso economico, come p.e. fa DE ROSSA GISIMUNDO, tendenza questa che segue un approccio particolarmente ideologizzato alla questione giuridica in cui il cittadino pare anzitutto e soprattutto consumatore.

costi/benefici.²⁶³ Come già potuto notare sopra, una norma inefficace seppur valida può essere altamente inutile, anche laddove abbia un grande sostegno popolare datole da un referendum. L'efficacia può quindi allora prendere il sopravvento e assieme alla democrazia essere base legittimante della norma grazie al suo successo.²⁶⁴

In questo caso è quindi importante parlare di valutazione, cosicché le politiche pubbliche si realizzino al meglio, relazionandosi anche con i mezzi a disposizione. Lo Stato deve dirigere contemporaneamente più processi, i poteri non sono separati ma cooperanti, e insieme²⁶⁵ si giudica il lavoro, in senso prospettico e retrospettivo. L'efficacia dev'essere quindi contraltare e non in dissonanza con la legalità, bisogna capire l'opportunità, i prodotti e l'impatto di un intervento.²⁶⁶ E come già detto in precedenza, questa visione che abbisogna una riduzione del principio di legalità non abbatte la legittimità dell'attività statale, ma crea un mix legittimante anche più forte.

3. *La governance, la micropolitica, il diritto riflessivo e le nuove sfide*²⁶⁷

Le ultime tendenze della scienza legistica stanno mostrando che anche l'impostazione teologica del NPM non riesce ad soddisfare le pur molte speranze sollevate. La teoria dei sistemi ha mostrato difficoltà dello Stato di influenzare gli altri sistemi, diventati ormai ipercomplessi.²⁶⁸ Viene quindi proposta una terza via, quella del diritto riflessivo (che va detto è declinato in modo molto diverso a seconda del teorico che lo propone).

Si vede però una linea comune che va oltre alla dottrina dominante che impone che gli enti autonomi ancora si basino sulla legalità (allentata) della norma condizionale e finale.²⁶⁹ Se si ammettesse la flessibilità del diritto e l'incapacità dello Stato di regolare la società complessa e si accettasse l'autoregolamentazione coordinata dei subsistemi, allora la politica potrebbe cercare di influenzare il sistema giuridico emanando norme relazionali²⁷⁰.²⁷¹ Cercando quindi di favorire la comunicazione intersistemica e permettendo ai subsistemi di individuare norme proprie, integrandole poi fra loro. Chiaramente nel momento in cui lo Stato lascia a altri la

²⁶³ V. per le tre definizioni FLÜCKIGER, pp. 85 s.

²⁶⁴ FLÜCKIGER, p. 88

²⁶⁵ Effettivamente la questione di sapere chi valuta il lavoro delle autorità è complessa, poiché ogni autorità ha interessi da difendere nella valutazione sua e degli altri. Cfr. MOOR, modèle, p. 645

²⁶⁶ MOOR, modèle, p. 643; FLÜCKIGER p. 84.

²⁶⁷ Anche in Svizzera è assolutamente necessario discutere approfonditamente delle nuove tendenze sociologiche - e dar loro un nome! A questo pro pare interessante l'apertura di ENGI, p. 156 ss. a nuove idee e terminologie.

²⁶⁸ MORAND, fixes, p. 200.

²⁶⁹ Si pensi che ZIMMERLI, p. 81, nel 1984 ancora classifica questi enti sotto il semplice diritto organizzativo.

²⁷⁰ Come vedremo, ci sono molte opinioni diverse su cosa sia una norma relazionale. Essa stessa potrebbe essere l'icona di un'epoca post-moderna, dove tutto è criticabile e niente è fisso, nemmeno le scienze che la studiano.

²⁷¹ Quello che pensava MARX, infatti, non si è rivelato adeguato: lo Stato non diventerà inutile perché avrà adempiuto il suo scopo, lo Stato allo Stato attuale è inutile perché non sarà mai in grado di adempiere il suo scopo. Cfr. TEUBNER/WILLKE, p. 8

possibilità di gestirsi, l'uguaglianza e la democraticità non sono più impostabili nello stesso modo. È però vero che nel contempo grazie a una rinnovata trasparenza si può cercare di influenzare i valori di questi altri sistemi.

MORAND (studioso del diritto ambientale) propone allora di intensificare l'utilizzo dei principi per riuscire ad evitare i nefasti e le ineguaglianze che i sistemi autonomi producono. Le norme condizionali sarebbero da usare solo con parsimonia, perché bisogna lasciare all'amministrazione e al giudice più libertà di scelta.²⁷² Si pensi alla gestione dei beni rari: una regolamentazione rigida pretende che la rarità o l'abbondanza siano predefinite, cosa che non può essere invece realmente considerata *ab initio*.²⁷³

MOOR parte da un'idea diversa, ovvero pone la base la considerazione che il diritto piramidale come lo conosciamo oggi è paradossale (più la norma è importante, come quelle costituzionali, ad esempio, più essa è indeterminata). Considerando che la norma dipende da ciò che il lettore sottoposto capisce da essa, ci si ritrova con un'autonomia doppia dei giudici. Questo è stato causato da una concezione del diritto amministrativo troppo vicino al penale e al civile, e vuole rifugiarsi quindi nella micropolitica, che renderebbe possibile la resa dei conti con la flessibilità del diritto che in realtà è sempre esistita.²⁷⁴

TEUBNER/WILLKE spingono invece su un diritto riflessivo che potremmo definire neocorporativista, dove prevale la compartecipazione e la comunicazione informale. Si vorrebbe quindi considerare la società più come una rete di soggetti collegati fra loro, tutti allo stesso piano. Chiaramente in questo caso cambia la concezione dell'uguaglianza giuridica: essa è data in senso sistemico e non personale.²⁷⁵

Su questo stesso piano, ma forse un po' più provocatorio, si muove FLÜCKIGER che propone di smettere di basarsi sullo schema teleocentrico, basato sull'idea che ci siano a prescindere obiettivi chiari. Con lo Stato riflessivo si permetterebbe infatti di assorbire le emergenze in corso d'opera, senza quindi poter sapere (e volere) cosa succederà in futuro. Il diritto riflessivo va considerato efficace quando riesce a integrare queste emergenze. Automaticamente il discorso non si pone più nella valutazione dell'efficacia della sanzione, né sulla misurazione dello scarto fra voluto e ottenuto, la legislazione diventa più materia degli applicatori che dei legislatori, che devono limitarsi a creare scenari possibili (e non quindi obiettivi).²⁷⁶ La distinzione tra teoria e pratica sarebbe però un ostacolo difficilissimo da superare, soprattutto considerando che è tacciato da millenni di Storia delle norme. Ma le due sono sempre in frizione

²⁷² MORAND, *fixes*, p. 199.

²⁷³ MORAND, *fixes*, p. 201

²⁷⁴ Per approfondire questa avvincente teoria v. MOOR, *mikro*, pp. 66 ss.

²⁷⁵ TEUBNER/WILLKE, p. 7.

²⁷⁶ FLÜCKIGER, pp. 94 s..

tra loro, in particolare la teoria è statica nei confronti delle innovazioni della realtà. Se l'evento inatteso venisse assorbito più che essere considerato un deragliamento, se ne potrebbe approfittare.²⁷⁷ FLÜCKIGER insomma chiede di rinunciare a strategie legislative predeterminate, ragionando piuttosto in base ai potenziali, rinunciando alla nozione umanista di efficacia e orientandosi a filosofie orientali come il concetto di “trasformazione implicata”.

È chiaro: perseguire questa via è destabilizzante, potrebbe sembrare la dichiarazione di rottura con la concezione di Stato, di uguaglianza e di democrazia, che già con i programmi finali erano stati messi a dura prova. Ma probabilmente la nozione di Stato di diritto vigente oggi è fin troppo mitizzata e idealizzata, auto-legittimante e tendenzialmente intuitiva. E come dice MOOR, non dovremmo essere sorpresi dal fatto che teorie vecchie di secoli non siano ancora considerate come totalmente antiquate ai giorni nostri?²⁷⁸

G. Compendio

In questa ricerca abbiamo cercato di mostrare uno dei più importanti principi costituzionali svizzeri. Nonostante la sua limitata giustiziabilità esso impregna il nostro ragionamento giuridico e la nostra attività di interpreti, così convinti di leggere norme chiare, certe, sicure. Abbiamo messo quindi sotto una lente di ingrandimento cosa siano oggi le norme, come esse si rapportino allo Stato e come lo Stato decide (prova a decidere) che esse vengano create, in particolare se altri oltre al parlamento possano farlo. Abbiamo inoltre cercato di cimentarci con l'approccio storico e con uno studio contiguo di due testi costituzionali diversi.

Interessante è stato quindi confrontarsi con le opinioni più critiche, teorici che non accettano una versione del diritto “da applicatori”, che cercano di costruire ponti fra le più recenti teorie della conoscenza e la scienza giuridica. E probabilmente questo è stato l'approccio più avvincente che una ricerca di questo tipo può dare: la consapevolezza che la mentalità del giurista-tipo non può oggi più bastare per capire le sfide a cui la società sta andando incontro.

Si tratta allora di dotarsi di strumenti logici e metodologici complessi e non convenzionali. Un lavoro che richiede mesi, anni di elaborazione. Ma è giusto confrontarsi già ora con queste difficoltà, perché altrimenti si rimarrebbe fermi nel comodo ambiente ovattato dello studente universitario di giurisprudenza, dove l'interdisciplinarietà è solo un'illusione. E la complessità del mondo un incubo.

²⁷⁷ FLÜCKIGER, pp. 96 ss.

²⁷⁸ MOOR, modèle, p. 628. Si pensi a ciò che alcune scoperte stanno dimostrando sulla contro-intuitività, la grande scoperta del tempo moderno, come ad esempio la teoria dei giochi o la teoria del caos

Apponendo la mia firma confermo che questo lavoro è stato scritto senza l'aiuto di terzi e che ho indicato tutte le fonti utilizzate. Prendo atto che in caso di plagio può venirmi riconosciuta una valutazione pari a 1.0.

Luogo:.....

Data:

Firma: Filippo Contarini