

Giorgia Martinez

# Risultato e fiducia nel Codice dei contratti pubblici

Verso un'amministrazione  
più efficace ed efficiente?  
Letture del d.lgs n. 36 del 2023

FRANCOANGELI

*Collana*

**di Diritto**

SAGGI E RICERCHE



I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

**Giorgia Martinez**

# Risultato e fiducia nel Codice dei contratti pubblici

Verso un'amministrazione  
più efficace ed efficiente?  
Letture del d.lgs n. 36 del 2023

**FRANCOANGELI**

*Collana*

**di Diritto**

**SAGGI E RICERCHE**

Isbn e-book: 9788835191896

Copyright © 2026 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore.  
Sono riservati i diritti per Text and Data Mining (TDM), AI training e tutte le tecnologie simili.  
L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della  
licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it)*

Eventuali link attivi presenti nel volume sono forniti dall'autore. L'editore non si assume  
alcuna responsabilità sui link ivi contenuti che rimandano a siti  
non appartenenti a FrancoAngeli.

# INDICE

<b>Premessa</b>	pag.	9
<b>I. I principi del diritto nell'ordinamento costituzionale: normatività, funzioni e classificazioni</b>	»	13
1. Il riconoscimento della normatività dei principi	»	13
1.1. Il riconoscimento della portata normativa dei principi mediante il superamento della dicotomia esistente tra precettività e programmaticità	»	20
1.2. Il processo di generalizzazione successiva a fonda- mento della portata normativa dei principi	»	25
1.3. I principi della logica e della deontica impongono la giuridicità dei <i>principia iuris et in iure</i>	»	25
2. La distinzione tra le “norme-principio” e le “norme-re- gola”	»	27
3. Le funzioni svolte dai principi del diritto: un’analisi siste- matica	»	38
4. Le conseguenze della positivizzazione dei principi sul ruolo dell’interprete	»	43
4.1. Il ruolo creativo del giudice nel “diritto per principi”: tra giudice-funzionario e giudice rappresentante della coscienza sociale	»	43
4.2. I principi nell’interpretazione: strumenti di etero-in- tegrazione o di auto-integrazione?	»	46
4.3. I rischi dell’attribuire, per il tramite dei principi, alla giurisprudenza il ruolo di coscienza sociale	»	49
5. L’irrinunciabile assenza di principi tiranni nell’ordina- mento	»	51
5.1. Introduzione al carattere relativo dei principi	»	51

5.2. La ricerca di un criterio di razionalizzazione dell'operazione di bilanciamento	pag.	53
5.3. I pericoli del soggettivismo giurisprudenziale: la cambiale di Fortsthoff	»	54
6. Il diritto amministrativo come un diritto per principi	»	58
7. Conclusioni parziali	»	62
<b>II. Il principio del risultato</b>	»	65
1. Il “nuovo” Codice dei contratti pubblici	»	65
2. I principi generali dettati dal Codice	»	67
3. Introduzione ed inquadramento del principio del risultato	»	69
4. Il principio del risultato e la formulazione in chiave evolutiva del principio di buon andamento amministrativo	»	72
5. Amministrazione di risultato: alle origini della formulazione del principio del risultato	»	75
6. Il principio del risultato e il principio di legalità	»	78
7. Il principio del risultato e la discrezionalità dell'azione amministrativa	»	83
8. Il principio del risultato e il principio di concorrenza	»	87
9. Risultato, merito amministrativo e discrezionalità tecnica	»	91
10. Conclusioni parziali	»	95
<b>III. Il principio della fiducia</b>	»	98
1. Il concetto di “fiducia” nel Codice dei contratti pubblici	»	98
2. Il principio di fiducia e le esigenze di cambiamento dell'azione amministrativa	»	101
3. Il principio di fiducia e la relazione di reciprocità	»	105
4. Il principio di fiducia e i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento	»	107
5. Gli effetti del principio di fiducia sul rischio percepito dal funzionario pubblico	»	112
6. Alcuni casi di applicazione del principio della fiducia nella recente giurisprudenza amministrativa	»	119
7. La fiducia digitale e le nuove competenze delle pubbliche amministrazioni	»	123
8. Il principio di fiducia come invito a superare il machiavelismo giuridico	»	129
9. Conclusioni parziali	»	130

<b>IV. La rilevanza sistemica e la vis espansiva dei principi del risultato e della fiducia</b>	pag.	134
1. Le relazioni tra principi: la flessibilità ordinativa e la gerarchia degli interessi	»	134
2. La relazione sistemica fra il principio del risultato e il principio della fiducia	»	139
3. La rilevanza sistemica dei principi del risultato e della fiducia nelle successive disposizioni codicistiche	»	142
4. La <i>vis</i> espansiva dei principi del risultato e della fiducia	»	144
5. La <i>vis</i> espansiva dei principi del risultato e della fiducia nel processo amministrativo	»	148
6. Una <i>vis</i> espansiva “settoriale” dei principi del risultato e della fiducia in tema di sostenibilità ambientale	»	154
7. Il consolidamento assiologico e sistematico dei principi del risultato e della fiducia	»	159
8. Conclusioni parziali	»	163
<b>Conclusioni generali</b>	»	167
<b>Bibliografia</b>	»	179



## PREMESSA

Il presente lavoro esamina la portata precettiva e i risvolti applicativi dei principi del risultato e della fiducia, affermati dagli artt. 1 e 2 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

Nel primo capitolo, la natura di “norme-principio” attribuita dalla *littera legis* agli artt. 1 e 2 costituisce il punto di avvio della riflessione, essendo opportuno interrogarsi preliminarmente sulla natura propria dei principi del diritto. Ci si chiede, in primo luogo, perché dei principi possa predicarsi la normatività, e in cosa consista la portata precettiva degli stessi. Superando la tradizionale dicotomia tra precettività e programmaticità delle disposizioni, si giunge a qualificare i principi del diritto quali “precetti di ottimizzazione”. All’interno del *genus* delle norme giuridiche, vengono poi indagati i termini della distinzione tra norme-principio e norme-regola, ricercando una sistematizzazione tra i molteplici criteri di discernimento elaborati dalla dottrina nel tempo. La distinzione rispetto alle norme-regola consente di evidenziare che dal riconoscimento dei principi giuridici fra le norme del diritto discende una concezione rinnovata del ruolo dell’interprete. Pertanto, la riflessione tratta anche dell’esercizio delle funzioni giurisdizionali in un “diritto per principi”, sollecitando la ricerca di un delicato ma irrinunciabile equilibrio tra creazionismo e ossequioso legalismo giudiziario.

Concluso l’esame della teoria generale, il secondo capitolo è dedicato allo studio del principio del risultato. Dopo aver contestualizzato l’entrata in vigore del nuovo Codice e l’inserimento dei principi nelle disposizioni iniziali, ci si propone di indagare la portata innovativa del principio del risultato. Nel corso della trattazione vengono richiamate le riflessioni sul principio di buon andamento, elaborate sin dallo scorso Secolo a proposito della c.d. amministrazione di risultati, nonché le più recenti teorie sul prin-

cipio sancito all'art. 97 della Costituzione. In seguito, si esaminano le relazioni dell'art. 1 con i principi cardine del diritto amministrativo, primo fra tutti il principio di legalità, e del diritto dei contratti pubblici, ove spicca la tutela della concorrenza. Si affronta dunque il tema del rischio di derive efficientistiche a discapito del principio di legalità, al contempo rimarcando esigenze di bilanciamento con principi potenzialmente confliggenti.

Il capitolo secondo si occupa, infine, della teorizzata riconfigurazione del perimetro del sindacato giurisdizionale, muovendo dalle tesi di quanti prospettano un'estensione del vaglio dei giudici a scelte prima ascrivibili al merito amministrativo. Si giunge a ricondurre non al merito, ma all'impropriamente detta discrezionalità tecnica quelle scelte amministrative effettuate in vista del perseguimento del risultato, senza che occorra allargare i confini del sindacato giurisdizionale.

Il *focus* della riflessione si sposta, nel terzo capitolo, sulla novità rappresentata dal principio della fiducia. Innanzitutto, viene ricercato un significato da attribuire alla nozione di fiducia nel settore dei contratti pubblici, per poi interrogarsi sulle ragioni dell'introduzione della disposizione. Si sottolinea, a tal riguardo, l'avvertita esigenza di limitare fenomeni di "burocrazia difensiva" da parte dei funzionari pubblici, di cui sono indagate le possibili cause e i rimedi esperibili. Delineato il nucleo precettivo dell'art. 2, oggetto di approfondimento diviene la "reciprocità" caratterizzante la relazione fiduciaria tra stazioni appaltanti e operatori economici. Proprio muovendo dall'asserita vicendevolezza della fiducia, sono esaminate le interazioni con i principi di buona fede e tutela dell'affidamento, dei quali si ricorda la natura di regole di comportamento e si indagheranno gli ambiti applicativi. A tal riguardo, si nota che i tre principi, ancorché riconducibili ad un rapporto di *genus a species*, potrebbero avere ambiti di applicazione non perfettamente sovrapponibili.

Il tema della responsabilità amministrativo-contabile dei funzionari pubblici ha inoltre costituito oggetto delle riflessioni legate al principio della fiducia. In particolare, nel testo sono esaminati orientamenti dottrinali divergenti in merito all'interpretazione dei commi 3 e 4 dell'art. 2. Sono pertanto sollevate interessanti questioni a proposito della puntuale definizione delle ipotesi di colpa grave a fondamento della responsabilità amministrativa, e così anche a proposito dell'estensione della copertura assicurativa per i rischi del personale. La riflessione dedicata specificamente all'art. 2 del Codice si chiude proponendo la fiducia quale strumento di superamento di visioni formalistiche del diritto ispirate al "machiavellismo giuridico".

Infine, il capitolo quarto torna su un piano sistematico per trarre le conclusioni del lavoro, proponendosi di cogliere la rilevanza complessiva e la *vis* espansiva dei principi del risultato e della fiducia. Ci si interroga, in primo

luogo, sulla possibilità d'individuare univoci criteri di gerarchizzazione dei principi introdotti dal Codice. In dottrina la questione permane controversa, e l'assoluta primazia dei principi del risultato e della fiducia al vertice dell'ordinamento codicistico ne risulta fortemente mitigata. Pare comunque opportuno esaminare l'interazione fra i due principi, analizzando interessanti ricostruzioni teorizzanti una vera e propria "sinergia" tra risultato, fiducia e discrezionalità. Delineato tale assetto nella disciplina dei contratti pubblici, si è indagata poi la "forza espansiva" dei principi, anche in altri ordinamenti settoriali. Muovendo dalla formulazione dell'art. 13, si prende atto della idoneità dei principi a trovare applicazione anche al di fuori del perimetro codicistico. La funzione nomogenetica e interpretativa si riscontra soprattutto con riguardo a talune disposizioni del Codice del processo amministrativo, alcune delle quali innovate proprio tramite il d.lgs. n. 36/2023, che sono quindi oggetto di trattazione.

Gli ultimi paragrafi del lavoro sono dedicati all'inquadramento dei principi del risultato e della fiducia nelle categorie analizzate nella prima parte dell'elaborato. Tale ricostruzione avviene servendosi delle riflessioni maturate nel corso della trattazione, al fine di proporre un'interpretazione sistematica dei primi due articoli del Codice dei contratti pubblici, che tenga conto di rilevanti considerazioni di teoria generale sui principi del diritto.



# I

## I PRINCIPI DEL DIRITTO NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE: NORMATIVITÀ, FUNZIONI E CLASSIFICAZIONI

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento della normatività dei principi – 1.1. Il riconoscimento della portata normativa dei principi mediante il superamento della dicotomia esistente tra precettività e programmaticità – 1.2. Il processo di generalizzazione successiva a fondamento della portata normativa dei principi – 1.3. I principi della logica e della deontica impongono la giuridicità dei *principia iuris et in iure* – 2. La distinzione tra le “norme-principio” e le “norme-regola” – 3. Le funzioni svolte dai principi del diritto: un’analisi sistematica – 4.1. Il ruolo creativo del giudice nel “diritto per principi”: tra giudice-funzionario e giudice rappresentante della coscienza sociale – 4.2. I principi nell’interpretazione: strumenti di etero-integrazione o di auto-integrazione? – 4.3. I rischi dell’attribuire, per il tramite dei principi, alla giurisprudenza il ruolo di coscienza sociale – 5.1. Introduzione al carattere relativo dei principi – 5.2. La ricerca di un criterio di razionalizzazione dell’operazione di bilanciamento – 5.3. I pericoli del soggettivismo giurisprudenziale: la cambiale di Fortsthoﬀ – 6. Il diritto amministrativo: un diritto per principi – 7. Conclusioni.

### 1. Il riconoscimento della normatività dei principi

Il riconoscimento della portata normativa dei principi del diritto si pone quale premessa necessaria per lo studio della loro natura, nonché per indagare il ruolo e le funzioni che essi assumono nell’ambito dell’ordinamento giuridico. Da questa precisazione bisogna invero prendere le mosse per comprendere la costruzione logica e sistematica dell’ordinamento costituzionale, la cui impalcatura è costituita dai principi della Costituzione, ai quali anche la materia amministrativa è tenuta certamente a conformarsi. Il superamento di un atteggiamento ispirato al legalismo, tale cioè da individuare nella legge positiva l’unica fonte del diritto, ma neutro rispetto alla postulazione di un’adesione intima e morale alle stesse<sup>1</sup>, è stato necessario affinché

<sup>1</sup> L. TRIOLO, *Il legalismo giuridico. Riflessioni in margine ad una teoria della legalità*, in *D&Q*, 2004, IV, 154 ss.

la dottrina approdasse alla moderna concettualizzazione e comprensione del fenomeno di costituzionalizzazione dei principi generali del diritto<sup>2</sup>.

L'esigenza di tale superamento emergeva invero già nelle riflessioni tardo-ottocentesche elaborate dalla scuola del concettualismo tedesco di Savigny, innanzitutto, e dalla “*Begriffjurisprudenz*” (la c.d. giurisprudenza degli interessi) di Heck e Von Jhering, poco dopo. Il comune denominatore delle due scuole è rinvenibile nella proposta di avvicinamento del diritto alla realtà sociale, in seno alla quale la norma giuridica trova applicazione. La tensione verso quegli stessi obiettivi morali e materiali oggettivamente perseguiti dalla collettività deve caratterizzare, secondo la *Begriffjurisprudenz*, anche l'ordinamento giuridico, del quale proprio questa spinta diviene elemento unificatore. Conseguenza immediata è, inevitabilmente, la sfiducia nei confronti di soluzioni giuridiche fondate esclusivamente sull'applicazione sillogistica del dettato legislativo. Se la regola viene seguita in modo meramente letterale, mantenuta nel suo carattere astratto e atemporale, l'individuo smette di essere un partecipante attivo, e diventa un semplice spettatore del processo di produzione e trasformazione della realtà sociale, organizzato da un ordinamento presunto *a priori* come giusto. In tale prospettiva, il processo normativo non appare più orientato al raggiungimento di un fine sociale o istituzionale – distinto, si intende, da fini personali – ma si riduce, agli occhi dello spettatore, a un meccanismo indifferente. Il rapporto di fiducia implicita riposto nell'autorità legislativa solleva, in ultima analisi, i consociati dall'assumere posizioni critiche o propositive nei confronti delle decisioni normative<sup>3</sup>.

Tali riflessioni animano le fondamenta della dottrina di Gényn, in Francia, che sintetizza e razionalizza le riflessioni delle scuole cui sopra si faceva riferimento. Con la pubblicazione, nel 1899, dell'opera *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, egli diviene il precursore della moderna teoretica dei principi, nell'ambito della teoria antiformalistica. La posizione dottrinale dell'Autore supera la visione del diritto inteso quale somma di singole regole e concetti giuridici, e propone invece l'esistenza di “fattori di sistematizzazione”. Ecco allora che nell'ordinamento giuridico trovano posto elementi di integrazione morale, ch'egli rinviene appunto nei principi generali. L'individuazione degli stessi avviene grazie agli strumenti predisposti dal «metodo scientifico del diritto»<sup>4</sup>, e non al tradizionale sillogismo formale o logico<sup>5</sup>. A tal fine sono richiamate dall'autore l'*analogia legis* e l'*analogia iuris*, ma anche elementi della

<sup>2</sup> L. MEZZETTI, *Valori, principi, regole*, in ID. (a cura di), *Principi Costituzionali*, Torino, 2011, 27 ss.

<sup>3</sup> L. TRIOLO, *op. loc. cit.*

<sup>4</sup> F. BELLOMO, *Il metodo scientifico*, in *Diritto e Scienza*, 2015, I-II, 9.

<sup>5</sup> L. MEZZETTI, *op. cit.*, 15 ss.

civiltà del tempo e le direttive delle scienze sociali. Non è opportuno, in questa sede, addentrarsi in digressioni riguardanti le criticità imputabili al giusliberismo<sup>6</sup> sviluppatosi a partire dalle riflessioni di Gén<sup>7</sup>, ma occorre in ogni caso valorizzarne il contributo nel processo di riconoscimento della giuridicità dei principi generali, del quale sono state così gettate le basi.

Non a caso, però, uno dei momenti in cui tale dibattito teorico ha assunto massima vivacità è stato al tempo della nascita delle prime forme di giurisdizione costituzionale in Europa. La giustizia costituzionale si è infatti interrogata fin dagli albori sulla natura politico-programmatica, piuttosto che giuridica, dei principi del diritto. Il processo di abbandono del “feticismo della legge” è passato, effettivamente, proprio per l’ammissione della natura giuridica degli stessi<sup>8</sup>.

È opportuno precisare che le riflessioni che seguiranno a proposito dei principi del diritto li coinvolgono indipendentemente dalla qualificazione formale della norma (di legge ordinaria o costituzionale) che li contiene. In ogni caso, tali considerazioni vanno pur sempre contestualizzate all’interno di un sistema giuridico neocostituzionale: se infatti si predicasse il carattere non normativo dei principi del diritto, andrebbe rivisitata anche tutta la struttura del nostro ordinamento. In questo senso rileva dunque il grado costituzionale di alcuni principi: cioè come esempio di come, necessariamente, di essi vada predicata la giuridicità.

L’assetto costituzionale impone poi un particolare modo di approcciarsi ai principi, indipendentemente dalla loro collocazione: l’interprete non può di certo dimenticare della natura pluralista dell’ordinamento all’interno del quale essi vanno adoperati.

Tali riflessioni hanno considerevoli implicazioni sul funzionamento e sulla struttura di un sistema giuridico basato sulla costituzione formale. Esse impattano in termini immediati, ad esempio, sulla natura degli organi deputati al

<sup>6</sup> Cfr. F. POLITI, *Lezioni di Teoria dell’interpretazione giuridica*, Torino, 2022, 23 ss.

<sup>7</sup> Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Roma, 1967, 201 ss.

<sup>8</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1997, 30 ss. e 41 ss. L’Autore si riferisce specificamente al superamento della «sovranità della legge». Nel passaggio dallo Stato di diritto legislativo allo Stato costituzionale si è verificato l’abbandono di quel paradigma che mirava a ricondurre nella legge tutta la giustizia e ogni aspetto del diritto: in altre parole, sotto la legge soltanto si realizzava, in passato, la coerenza dell’ordinamento. In questo contesto il positivismo giuridico assume la veste di «scienza della legislazione positiva», secondo la quale l’attività di giuristi non può che configurarsi come al servizio della legge, chiamati esclusivamente all’esegesi e alla ricerca della volontà del legislatore. Secondo questa scienza del diritto, quindi, non c’è alcuno spazio per la rivendica di un qualche valore autonomo. Tale visione, propria del positivismo acritico ottocentesco, riemerge come un «residuo», per lo più inconsciamente, anche oggi (per lo più, sostiene l’Autore, presso i giuristi), sebbene l’evidente incompatibilità con lo Stato costituzionale.

vaglio del rispetto delle norme costituzionali. A seconda che si predichi, cioè, il carattere strettamente giuridico, piuttosto che programmatico-politico dei principi, i controlli sull'attività legislativa assumerebbero carattere giurisdizionale in senso stretto, nel primo caso, oppure di valutazioni aventi natura politica, nella seconda ipotesi<sup>9</sup>. Le dottrine che si opponevano al riconoscimento della giuridicità delle disposizioni costituzionali di principio sostenevano invero l'incompatibilità tra il carattere giudiziario degli organi suddetti e l'applicazione di disposizioni dal carattere politico-programmatico. Di conseguenza, la garanzia di costituzionalità nella vita dello Stato non avrebbe, cioè, potuto configurarsi come attività giudiziaria in senso stretto<sup>10</sup>. Quest'ultima avrebbe dovuto essere, al contrario, concepita in termini politici, e così anche gli organi ad essa deputati avrebbero dovuto essere impegnati e responsabili politicamente. Il carattere non meccanicamente costrittivo delle formule di principio e la creatività nella loro "applicazione" (se di applicazione può parlarsi), avrebbe imposto, in conclusione, un compito diverso da quello giuridico-giurisdizionale. S'immaginava cioè, un'attività di creazionismo orientata all'adesione o, quanto meno, alla partecipazione alla visione politica di cui i principi sono ritenuti espressione, all'attuazione dei quali vengono chiamati gli organi statali deputati al controllo di costituzionalità.

Il dibattito, quindi, s'incentra sull'indagine della perdurante validità delle impostazioni tradizionali del giuspositivismo nei neonati contesti costituzionali. La negazione della possibile rilevanza giuridica dei principi, a tal proposito, può apparire un atteggiamento sterilmente polemico, frutto di un'assolutizzazione promossa dai sostenitori della concezione positivista della giurisdizione<sup>11</sup>. In realtà ciò di cui occorre rendersi conto erano le differenze strutturali esistenti tra il "diritto per regole", proprio dello Stato liberale ottocentesco, ed il "diritto per principi" dello Stato costituzionale. Le implicazioni profonde di tale distinzione coinvolgono, come anticipato, anche il ruolo della giurisdizione, e come si avrà modo di osservare, dal "diritto per principi" non discende solo un potenziale rafforzamento di garanzie, ma emerge la possibilità che la certezza del diritto subisca un sacrificio, con tutti i rischi e corollari che da ciò derivano. Secondo i postulati del giuspositivismo, infatti, le norme di principio contenenti formule vaghe e riferimenti ad aspirazioni etico-politiche nasconderebbero un vuoto giuridico. La presunta non azionabilità delle stesse dinanzi a un giudice veniva interpretata come

<sup>9</sup> A proposito della "politicizzazione" dell'esercizio della funzione giurisdizionale, si rimanda a A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta online*, 2019, III, 717 ss.

<sup>10</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 130 ss.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

un fattore in grado di alimentare, persino, sfiducia nei confronti dell'ordinamento giuridico. Si teme, di conseguenza, un sacrificio delle esigenze di stabilità giuridica e di prevedibilità delle decisioni giudiziarie<sup>12</sup>.

Emerge a questo punto tutta la portata dirompente del dibattito: il ruolo dello Stato-legislatore ottocentesco, padrone della legge e anche di tutto il diritto, viene ridimensionato, e ci si interroga sui posti da assegnare a legislazione e giurisprudenza nell'esercizio delle funzioni creative ed interpretative, relativamente alle quali si rinvia ai successivi paragrafi di questo lavoro.

Quello che preme sottolineare in questa sede è come in realtà i suddetti atteggiamenti giuspositivisti (tendenti al cd giuspositivismo *ideologico*) siano stati animati da uno scopo ben preciso: quello di evitare un ritorno al diritto naturale, minaccia per l'autorità della legge. Nelle statuizioni di principio della Costituzione si riteneva fosse invero celato, in modo più o meno evidente, un richiamo a valori calati dall'alto.

I principi stabiliti in Costituzione, in realtà, andrebbero valorizzati in quanto «maggiore atto di orgoglio del diritto positivo»<sup>13</sup>. Per quanto, infatti, la Costituzione possa trascendere il dettato legislativo, essa rimane comunque ancorata a una concezione del diritto come prodotto della volontà creativa degli uomini, condivisa dal giuspositivismo nella sua accezione teorica<sup>14</sup>.

Valorizzando il momento della Costituente, il momento, cioè, in cui essa si affermava quale complesso di norme espressione di un collettivo equilibrio, in cui nessuna volontà si imponeva sulle altre, ecco che emerge il modo corretto di avvicinare i principi, inseriti in un assetto costituzionale, e il diritto naturale. In seno all'Assemblea, tra gli obiettivi delle divergenti forze politiche riunite, vi era indubbiamente la necessità di superare il particolarismo degli interessi di ciascuno, per consentire la convivenza di tutti. La formulazione dei principi volutamente generale ed evocativa è

<sup>12</sup> C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, 27 ss. Rilevano a tal proposito le osservazioni di Schmitt riguardo alla necessità di trattare della validità delle leggi «con l'aiuto di punti di vista fondamentali e di principi generali soltanto impropriamente definibili come norme». Anche nella replica kelseniana, peraltro, si perde la novità rappresentata dai principi costituzionali, laddove l'Autore ravvisava una distinzione esclusivamente in termini «quantitativi» degli stessi rispetto alle regole, conformemente alla sua visione gradualistica delle fonti. Vi si rinvergono poi osservazioni anticipatrici relative ai problemi che emergono presso le odierne giurisdizioni costituzionali, legati alla necessità che la validità delle leggi sia valutata con strumenti diversi dalla norma propriamente intesa secondo i postulati del positivismo giuridico. A conferma di quella che Zagrebelsky definisce una «incomprensione» del costituzionalismo, emerge ancora la proposta di Kelsen di ridurre al minimo i principi al fine di evitare un eccesso di discrezionalità in capo al giudice: cfr. G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 130, e H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1931, 229 ss.

<sup>13</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 134.

<sup>14</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961, 19 ss.

stata quindi un tassello indispensabile per la creazione di un testo costituzionale pluralista. Questo consente già di apprezzarne la portata espansiva, da un lato, e la necessaria generalità, dall'altro. I suddetti fattori non sono un ostacolo al riconoscimento della giuridicità delle disposizioni che li contengono, ma sono il fondamento di quella che può definirsi addirittura «doppia portata normativa»<sup>15</sup>.

La premessa riguardante l'assetto costituzionale del nostro ordinamento non intende circoscrivere l'analisi che si condurrà ai principi positivizzati presso i gradi più alti del sistema. Essa ricorda invece che, sebbene si discuta dei principi indipendentemente dalla qualificazione formale della disposizione che li positivizza, il modo in cui essi esplicano le proprie funzioni non può di certo porsi in conflitto con la struttura costituzionale del nostro sistema. È vero che quelli costituzionali rappresentano solo una *species* della categoria dei principi, ma il loro grado consente di evocarli talvolta per comprovare, a titolo esemplificativo, alcune statuizioni.

È vero che la posizione dei principi generali del diritto risponde a un duplice approccio (giuspositivista e giusnaturalista), ma tale accostamento va concepito nei termini suddetti, senza cioè dimenticare che la Costituzione rappresenta in realtà un atto di diritto positivo, avendo essa “giuridicizzato” i valori fondanti dell'ordinamento. Lo stesso può ritenersi con riguardo alle altre occasioni di positivizzazione di principi. Le modalità argomentative di suddette fonti si presentano, indubbiamente, spesso aperte alla dimensione metagiuridica, dati i toni universalistici ed astrattizzanti di alcune disposizioni. Nell'aver positivizzato in norme recanti principi (anche nei ranghi più alti dell'ordinamento, tra l'altro) molti contenuti valoriali – alcuni dei quali indubbiamente ereditati dal diritto naturale – si è istituito «un ponte tra l'essere e il dover essere»<sup>16</sup>.

Prendendo le mosse dalle teorie kelseniane<sup>17</sup> si comprende invece come per le tesi giuspositiviste più pure, i criteri di validità delle norme prescindano dal contenuto delle stesse: una norma è valida se proviene da una vo-

<sup>15</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 138. A proposito della «doppia portata normativa» dei principi del diritto si discuterà più approfonditamente nel paragrafo relativo alla distinzione tra norme-regola e norme-principio. In questa sede è sufficiente, a proposito, la seguente specificazione: i principi non esauriscono la loro portata nei confronti delle norme puntuali, in quanto dotati di funzione suppletiva, integrativa, correttiva, ma hanno anche «un'autonomia ragion d'essere rispetto alla realtà». Essa consiste nella pretesa che, con rispetto alla realtà, si “prenda una posizione”. In altri termini: di fronte alle non precisate né preventivamente precisabili evenienze della vita in cui potrà esser sollevata una «questione di principio», si è chiamati ad aderire all'*ethos* sotteso a questo tipo di norme.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Torino, 1963, 115 ss.

lontà autorizzata alla sua produzione<sup>18</sup>. Da questo, precisamente, nasce la tradizionale incomunicabilità tra essere e dover essere, tra realtà e valori, predicati da queste dottrine, e così la conseguente accusa di fallacia naturalistica rivolta al movimento neocostituzionalista<sup>19</sup>. Il mondo giuridico, quello del dover essere, non sarebbe, cioè, dipendente dalla realtà, ma il suo unico criterio di validità viene identificato nella competenza.

È però ormai pacifico che non serva rinnegare la sovranità della suddetta volontà giuridica per introdurre nell'ordinamento dei valori: è sufficiente che a deciderlo sia proprio la volontà giuridica sovrana, attraverso la positivizzazione di principi. Dall'essere (il vero) si giunge al dover essere (il doveroso), attraverso il criterio della giustizia. La triade "vero", "doveroso", "giusto", è propria di ogni visione autenticamente giusnaturalista. Rispetto alla ricostruzione fornita dal giusnaturalismo, l'origine del contenuto di ciò che è giusto cambia nella visione del diritto "per principi": da una parte, una volontà divina impressa nell'ordine del creato; dall'altro, norme di diritto positivo.

Emerge, a questo punto, una rilevante considerazione: grazie alla formulazione di norme di principio, gli ordinamenti hanno recepito in sé germi tanto della teoria giuspositivista, quanto di quella giusnaturalista. Corollario e conclusione è la dimostrazione di quanto affermato nell'incipit di questo paragrafo: per apprezzare e riconoscere la portata normativa dei principi generali del diritto è necessario abbandonare il rigido "aut-aut" caratteristico delle categorie giuspositivistiche.

Un argomento ulteriore a favore della giuridicità dei principi viene poi individuato partendo dalla considerazione secondo la quale il nostro ordinamento non ammette la creazione giudiziaria del diritto. Di conseguenza, il richiamo all'analogia *ex art. 12* delle «Disposizioni sulla legge in generale» (c.d. Preleggi) postula che oggetto di applicazione estesa non sia la norma (ciò implicherebbe ammettere la creazione giudiziaria), ma il principio, del quale non può che predicarsi, in conclusione, il carattere normativo<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Polarmente in opposizione a queste considerazioni: G. RADBRUCH, *Diritto e no. Tre scritti*, Milano, 2021, 52 ss. Nel commento ad alcuni scritti di G. Radbruch emergono riflessioni riguardanti il sovvertimento totale della legalità verificatosi in epoca nazista. Partendo da questa esperienza storica G. Radbruch elabora una "formula" relativa al rapporto tra giustizia (intesa come valore, *Gerechtigkeit*) e validità della norma giuridica positiva: ci sono innanzitutto norme giuste e valide; vi sono poi leggi valide ma ingiuste, perché rientranti in parametri di tolleranza dell'iniquità mentre sopra una certa soglia d'ingiustizia la legge è invalida; a ciò si aggiungono comandi totalmente ingiusti, così inaccettabili da superare la soglia di sopportabilità che il diritto può avere senza dissolversi. (il termine "legge" va inteso in quanto norma di diritto positivo, prescindendo tali argomentazioni dal rango formale delle disposizioni dell'ordinamento).

<sup>19</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 141 ss.

<sup>20</sup> V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 14 ss.