

SILVIA ZORZETTO

Professoressa associata di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche
"Cesare Beccaria" dell'Università di Milano
silvia.zorzetto@unimi.it

SUI «PRINCIPÌ GENERALI»: RIFLESSIONI FILOSOFICO- GIURIDICHE A MARGINE DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

ON «GENERAL PRINCIPLES»: LEGAL-PHILOSOPHICAL CONSIDERATIONS BASED ON THE PUBLIC PROCUREMENT CODE

SINTESI

Il contributo riflette sui «Principi generali» del Codice da una prospettiva teorico-generale. La prima parte esamina alcuni principi sanciti agli artt. 1-4 del Codice, indagandone la sintassi e la sistematica. La seconda tocca questioni classiche relative all'applicazione e argomentazione basata sui principi: cominciando da quelle più tecnico-redazionali, relative a enunciazioni e formulazioni testuali, proseguendo con le funzioni svolte in seno al ragionamento giuridico, fino a giungere alla chiave di volta, ossia i riflessi rispetto all'ideale dello Stato di diritto. L'analisi si sofferma anzitutto sui nessi esistenti tra i principi della legge delega e quelli esplicitati nel Codice, ricordando la dimensione implicita dei principi e la rilevanza degli studi di *legisprudence* per chiarire la cogenza dei principi legislativi rispetto alla motivazione legislativa. L'analisi si concentra poi sulla estensione generale dei principi sanciti *ex* artt. 1-11 del Codice e sulla portata del «Rinvio esterno» *ex* art. 12. Viene dunque esaminato il principio del risultato e le gerarchie assiologiche rispetto agli altri principi (*in primis*, legalità, trasparenza e concorrenza, nonché buon andamento, efficienza, efficacia ed economicità, oltre a quelli dell'interesse della comunità e degli obiettivi dell'Unione europea). Si evidenzia la razionalità strumentale soggiacente alla Codificazione. Si chiarisce inoltre che il principio del risultato (cfr. art. 1, co. 4) è defettibile (*defeasible*), vale a dire suscettibile di eccezioni aperte che implicano

una determinazione di caso in caso. Lo studio sottolinea anche quanto i Principi generali operino sui due versanti tradizionali a presidio della conformità al diritto: funzione preventiva-repressiva e funzione premiale-promozionale. Analoga attenzione è rivolta al principio della fiducia, alla sua carica simbolico-espressiva e alla concezione del giuridico di cui è proiezione. Lo studio ricorda così la opzione etico-antropologica sottesa all'ideale di un diritto il cui perno è la fiducia tra tutti i consociati, incluse le istituzioni, tra cui le pp.aa.. Viene infine indagato l'art. 4 quale meta-principio funzionale a guidare interpretazione e applicazione delle disposizioni del Codice. La complessiva analisi pone in risalto quanto la Codificazione dia voce a due aspetti salienti trasversali del diritto vigente: promozionalità e particolarismo. La seconda parte del contributo muove da un nervo scoperto della teoria contemporanea dei principi: come sia possibile conciliarne la indeterminatezza-discrezionalità con la pretesa di correttezza che si avanza mediante essi. In via ridefinitoria, si propone d'intendere per 'principio' (generale) una norma che si assume (i) poter fungere da buona ragione, cioè comparativamente migliore di altre, mai in assoluto, ma sempre *ceteris paribus*, incorporando valori in un certo qual modo autoevidenti, che alimentano l'accettazione e (ii) suscettibile, a rinforzo, di una pluralità d'usi-funzioni, ancillari, a livello pragmatico. Su questa base, si riflette su come si passa dai principi ai casi concreti e la giustificabilità e verificabilità della corretta (giustificata) (dis)applicazione. Nello studio si osserva che la convivenza dello Stato di diritto (con i suoi corollari: separazione dei poteri e rappresentanza democratica) con la inevitabilità della discrezionalità può darsi adottando alcune direttrici metodologiche quali neutralità e carità interpretativa. Quest'ultima si considera espressione dei principi, interconnessi, di universalizzabilità e fiducia. La neutralità non viene concepita come assenza di valori-valutazioni, onestà intellettuale e morale esigendo di palesare chiaramente le scelte insite nel metodo giuridico. L'analisi spiega a livello pragmatico perché sia inevitabile ragionare in termini di (unica) risposta corretta o migliore, preferibile (la cosiddetta "*right*

answer”), e che questo estende la rilevanza dell’argomentazione-giustificazione. L’onere di giustificare dovrebbe essere tanto più forte e rigoroso quanto più è opinabile che effettivamente quella che si vuole dare sia la unica risposta (più) corretta. Dal punto di vista interno, si rimarca che la pratica giuridica poggia su, e richiede ai partecipanti (consociati, funzionari, autorità), due generali atteggiamenti solo apparentemente contraddittori: un moderato legalismo, cioè l’aspettativa di poter ottenere giustizia, *i.e.* decisioni corrette secondo diritto; una moderata ipocrisia, cioè una generalizzata tendenza a occultare lo *status quo*, nella consapevolezza che non sempre è conforme all’ideale. Il contributo difende in definitiva alcune tesi. Sapendo che la discrezionalità è ineliminabile, ogni controversia non ha sempre una soluzione corretta *iuxta propria principia* e sarebbe pericoloso illudersi che ciò possa avvenire per il tramite dei principi. La pretesa di correttezza è un ideale cruciale al quale tendere, proprio perché la realtà non corrisponde al diritto alexiano o del giudice Hercules. Guardando alla Codificazione dei Principi in chiave giusfilosofica, essa esprime una mentalità in cui le visioni apollinee-ireniste prevalgono su quelle conflittualiste. In ciò incarna un neocostituzionalismo principialista ambizioso che, perché non deflagri per eccesso d’*hybris*, deve conservare la idea di limite. La cultura del neocostituzionalismo principialista trova giustificazione filosofica in una ragion pratica, che è tale entro premesse, non dimostrabili né fondabili, necessariamente limitata. Questa limitazione e, quindi, la diversa possibilità di ragioni impone, per coerenza logica, di riconoscere le ragioni (ugualmente limitate) degli altri. In questo contesto il gioco pubblico delle ragioni è decisivo e, con esso, le tecniche di ragionamento e giustificazione. Le basi, dunque, di una legislazione e prassi fatta per principi compatibili con lo Stato di diritto implicano una sfida etica che pone maggiori oneri sulle spalle di chi si trova più prossimo alla decisione concreta. Il neocostituzionalismo principialista esalta così l’(auto)responsabilità di ogni soggetto, investito e non, di poteri pubblici o privati. Di qui, l’assunzione

che non vi può essere Stato di diritto senza pretesa di correttezza/giustizia nei suoi due volti: giustizia generalità-eguaglianza ed equità.

ABSTRACT

The contribution examines the General Principles of the Code from a theoretical standpoint. The first section analyses key principles set forth in Articles 1-4 of the Code, with a focus on their syntactic and structural coherence. The second section addresses renowned issues in the application and reasoning based on principles: starting with technical questions related to formulations and statements, it progresses to the roles these principles play in legal reasoning, culminating in their impact on the Rule of Law. The analysis primarily explores the complex interconnections between the principles of the delegating law and those articulated within the Code, emphasizing the implicit dimension of principles and the role of jurisprudence in elucidating the binding nature of legislative principles with respect to legislative intent. Following this, the analysis shifts to examine the broad applicability of the principles codified in Articles 1-11, alongside the scope of “External Reference” in Article 12. It further assesses the principle of outcomes and the axiological hierarchies in relation to other principles—chiefly legality, transparency, and competition, as well as good administration, efficiency, effectiveness, and economy, along with principles that reflect community interests and align with the objectives of the European Union. The contribution underscores the instrumental rationality underlying these principles and the broader Codification. It clarifies that the principle of outcomes (cf. Article 1, para. 4) is defeasible—that is, open to exceptions that necessitate case-specific determinations. Additionally, the study emphasizes that the General Principles operate on two traditional fronts: the preventive-repressive function and the rewarding-promotional function to uphold legal compliance. The principle of trust is similarly explored, including its symbolic-expressive significance and the conceptualization of the legal order it reflects.

The study recalls the ethical and anthropological orientation embedded in the ideal of a legal system grounded in mutual trust, encompassing public institutions among its stakeholders. Moreover, Article 4 is analyzed as a meta-principle guiding both the interpretation and application of the Code's provisions. This comprehensive analysis highlights how Codification articulates two significant, cross-cutting dimensions of contemporary law: promotionality and particularism. In the second section, the contribution addresses a critical issue in contemporary principles theory—how to reconcile the inherent indeterminacy of principles with the expectation of correctness they are assumed to uphold. For analytical clarity, it is proposed that “(general) principle” denotes a norm that (i) serves as a comparatively superior reason, though not in absolute terms, but rather always *ceteris paribus*, integrating values that are in some respect self-evident and reinforcing acceptance; and (ii) supports a multiplicity of ancillary uses and functions on a pragmatic level. Based on this framework, the study reflects on how principles transition into concrete cases and the justifiability and verifiability of the correct (or justified) (non-)application. The study observes that reconciling the Rule of Law—with its corollaries of separation of powers and democratic representation—and the inevitability of discretion can be achieved by adhering to methodological guidelines such as neutrality and interpretative charity. The latter is viewed as an expression of the interconnected principles of universalizability and trust. Neutrality is not understood as the absence of values or evaluations; rather, intellectual and moral honesty demands that the choices inherent in the legal method be made explicit. The analysis offers a pragmatic explanation for why reasoning in terms of a “right answer” is unavoidable, and that this bolsters the significance of argumentation and justification. The burden of justification should be stronger and more stringent as the certainty that the answer provided is indeed the most correct decreases. It is emphasized that legal practice relies upon—and requires from participants—two seemingly

contradictory attitudes: a moderate legalism, or the expectation of obtaining justice through correct decisions according to the law, and a moderate hypocrisy, or a general tendency to obscure the *status quo*, with the understanding that it does not always conform to the ideal. Ultimately, the contribution advances certain theses. Recognizing the inescapability of discretion, it contends that not every dispute has a correct solution according to its own principles, and that relying solely on principles to guarantee this would be illusory and potentially dangerous. The pursuit of correctness remains a critical ideal precisely because reality does not reflect the Alexian vision of law or the “Herculean” judge. From a legal-philosophical perspective, the Codification of Principles reflects a mindset in which Apollonian-irenic perspectives prevail over conflictualist ones. In this, it embodies an ambitious neoconstitutionalism of principles which, to avoid implosion from hubris, must preserve a sense of its own limitations. The culture of neoconstitutionalism of principles finds its philosophical grounding in practical reason, which, by nature, rests on premises that are neither demonstrable nor foundational and, thus, are inherently limited. This limitation, and the corresponding variability in reasoning, logically necessitates recognizing the equally limited reasons of others. Within this framework, the public exchange of reasons becomes crucial, as do the techniques of reasoning and justification. Thus, the foundations of legislation and practices based on principles that align with the Rule of Law present an ethical challenge that places greater demands on those tasked with making concrete decisions. The neoconstitutionalism of principles, therefore, underscores the (self-)responsibility of every individual—whether vested with public or private powers. This assertion culminates in the conclusion that there can be no Rule of Law without a claim to correctness and justice, understood in its two facets: justice as generality and equality, and equity.

PAROLE CHIAVE: principi giuridici; interpretazione; discrezionalità; gerarchie normative; Stato di diritto

KEYWORDS: legal principles; interpretation; discretion; normative hierarchies; Rule of Law

INDICE: 1. Introduzione. – 2. Sulla combinazione di Legge e Codice: tradizione e innovazione – 3. La Codificazione dei Principi: profili di semiotica e sistematica. – 3.1. Sulla estensione generale: il rinvio esterno tra lettera e spirito. – 3.2. Sul principio del risultato: concetti, gerarchie e funzioni espressive. – 3.3 Principi, simboli e valori caldi per un nuovo corso. – 3.4. Argomentazione basata sui principi e meta-norme sull'interpretazione. – 4. Discrezionalità e pretesa di correttezza. – 5. Neocostituzionalismo principialista e Stato di diritto

1. Introduzione

Questo contributo si occupa dei «Principi generali» sanciti agli articoli 1-12 del Codice dei contratti pubblici da una prospettiva esclusivamente filosofico/teorico-generale adottando un accostamento di matrice analitica (intesa come analisi del linguaggio giuridico)¹. *Ratione materiae* non si tocca, quindi, l'ampio e vivace dibattito fiorito in seno agli studi degli esperti amministrativisti rispetto al quale questo contributo si pone in un ideale dialogo².

1 Per brevità, alcune definizioni: 'Legge' a intendere la Legge 21 giugno 2022, n. 78 di Delega al Governo in materia di contratti pubblici; 'Codice' per riferirmi al Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, Codice dei contratti pubblici; 'Codificazione dei Principi' o, semplicemente, 'Codificazione' a indicare il complesso degli articoli 1-12 del Codice. Inoltre, parlerò di principi, norme, disposizioni, enunciati, sistema, fonti, metodo, cultura, etc. sottintendendo sempre la qualificazione giuridica.

2 La letteratura specialistica è assai estesa, sicché mi limito a ricordare alcuni contributi dedicati in via puntuale a commentare la Codificazione. Cfr. la raccolta di scritti a cura di G. MORBIDELLI, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, Passigli, 2023; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2023, 287-301; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2023, 5-13; R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici. Un mosaico da ricomporre*, Napoli, ESI, 2024; G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, 1-20; G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 3, 2023, 793-820; R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giurisprudenza italiana*, 8-9, 2023, 1950-1960; M. RENNA, *I principi*, in *Foro italiano. Gli speciali. Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (d.leg. 31 marzo 2023 n. 36)*, 1, 2023, 1-27; A. FEDERICO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici: dalle linee guida Anac ai principi generali*, in *Diritto e processo amministrativo*, 4, 2023, 847-882; M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in federalismi.it, 24, 2023, 222-239; M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2024, 96-106; P. CARBONE, *Iniziativa e Autonomia decisionale del funzionario pubblico. I nuovi principi di fiducia e di risultato nel Codice dei Contratti Pubblici: la prospettiva di un comparatista*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2023, 503-521; M. MACCHIA, *Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti*, in *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2024, 1 ss.; V. ITALIA, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 3, 2023, 1183-1206.

Considerati i molti profili d'interesse, gioco forza ne sono passati in rassegna alcuni tra quelli che emergono a livello statico-strutturale e dinamico-funzionale. Nella prima parte si guarda alla Codificazione dei Principi dando precedenza alla sintassi e alla sistematica inerente al Codice, anche in coordinamento con la Legge; mentre, nella seconda parte, ci si concentra su alcune questioni d'interpretazione-integrazione, applicazione e argomentazione che la Codificazione ha il merito di porre in particolare risalto.

Vedremo come, da qualunque prospettiva la si accosti, la Codificazione dei Principi solleva questioni che, lungi dall'essere circoscritte a essa, sono invece rilevanti per i principi in generale e vertono su snodi classici delle riflessioni anche giusfilosofiche. Per citarne solo alcune tra le più note, si va dalle questioni più tecnico-redazionali, relative alle loro enunciazioni e formulazioni testuali, ai ruoli e alle funzioni enucleabili a livello di sistema-ordinamento, con tutti i conseguenti addentellati di teoria delle norme e delle fonti, agli impieghi in seno al ragionamento giuridico, e, volendo arrivare alla chiave di volta, ai riflessi rispetto all'ideale dello Stato di diritto. Vista in questa luce, la Codificazione dei Principi offre una palestra formidabile per cimentarsi, ancora una volta, con temi e problemi di metodo e metodologia ponendo sfide, vecchie e nuove, di politica del diritto.

2. Sulla combinazione di Legge e Codice tra tradizione e innovazione

Parlare dei principi nel contesto del Codice richiede di confrontarsi in primo luogo con la Legge. L'osservazione è senz'altro banale per qualsiasi esperto di diritto in ragione dello strumento normativo utilizzato. Come noto, infatti, legge delega e decreto legislativo delegato formano una combinazione sistematica tradizionale e, da sempre, un caso di legislazione fatta per, o basata su, principi. È altrettanto noto negli studi di scienza della legislazione (*legisprudence*)³ come questa forma di produzione normativa si accompagni, ora come in

³ Si v. per tutti A.D. OLIVER-LALANA, L.J., WINTGENS, *Legisprudence*, in M. SELLERS, S. KIRSTE (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2023, Dordrecht,

passato, al dibattito sulla rilevanza e cogenza dei principi legislativi e sulla motivazione legislativa.

Pur non essendo questa la sede per approfondire il discorso, nella storia costituzionale dal 1948 a oggi, la combinazione di legge delega e decreto legislativo delegato è stata intesa da dottrina, giurisprudenza e teoria del diritto, vuoi come l'eccezione che conferma la regola, vuoi – all'opposto – come un caso esemplare espressione di una situazione generale. Essendo il dibattito di teoria e dottrina assai variegato, si può identificarne, in ottica esplicativa, le tesi estreme. Per un verso, si è visto nell'art. 76 Cost. un caso eccezionale di principi legislativi vincolanti recanti in forma esplicita la c.d. volontà del legislatore (*id est* delle ragioni di emanazione di quella data disciplina oggetto di delega), rispetto a un sistema in cui, di regola, i principi legislativi sarebbero qualcosa di persuasivo più che vincolante e il legislatore non sarebbe tenuto a (e non dovrebbe) motivare le sue iniziative. All'altro estremo, per converso, si è visto nell'art. 76 Cost. una prova esemplare generalizzabile del fatto che i principi legislativi sono, pur sempre, norme vincolanti mediante i quali il potere legislativo può vincolare gli altri poteri e giustificare i propri atti⁴.

Richiamo questa pluridecennale diatriba non tanto per sottolinearne la resistenza, segno tangibile della forza delle ideologie e costruzioni dogmatiche⁵;

Springer, 2092-2100.

4 Ammesso che i poli estremi siano davvero stati difesi, dagli studi emerge uno spettro di posizioni intermedie. Si può dubitare che le tesi estreme siano state genuinamente elaborate e non siano tesi-bersaglio, come sovente avviene nei dibattiti teorico-giuridici, ossia tesi costruite ad arte pur di avere un più facile punto al quale indirizzare le critiche. Identificarle è comunque esplicativo rispetto alle varieguate concezioni in lizza. Per una ricostruzione introduttiva cfr. ad es. S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, CEDAM, 2009; M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, Giuffrè, 2011; F. FERRARO - S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, Torino, Giappichelli, 2018.

5 Per 'ideologia' intendo un sistema d'idee organizzato elaborato in via tecnico-specialistica dai giuristi (in senso ampio intesi), cioè una data visione dell'assetto giuridico-istituzionale (cfr. per un approfondimento ricordo l'opera classica di A. BELVEDERE, M. JORI, L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, Giuffrè, 1979). Per 'costruzioni dogmatiche' intendo i costrutti concettuali e le concezioni con cui i giuristi guardano l'ordinamento e le sue norme, in particolare, le c.d. fonti, le sue forme di produzione, i poteri e le relative funzioni (resta un punto di riferimento imprescindibile N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1978). Ideologie e costruzioni dogmatiche

quanto piuttosto per evidenziare come appaia dal sapore antico nel frangente. Infatti, se, messe da parte le ideologie, si presta attenzione a come oggi normalmente si legifera e alla cultura dominante, in Italia e non solo, delle due voci, la seconda risulta senz'altro aver colto e accompagnato la direzione di evoluzione dei sistemi contemporanei⁶. In questa prospettiva, la Codificazione dei Principi è sì un esperimento originale di legislazione, ma riflette e consolida anche una tradizione storica composita alla cui formazione ha contribuito una pluralità di fattori non univoci e di varia natura: culturali, sociali, politici, e giuridici.

Richiamare le radici storiche che reggono la Codificazione, è utile anche perché consente di precisare alcuni aspetti di coordinamento sistematico e cogliere quelli più innovativi⁷.

fanno parte della cultura. Utile è richiamare la nozione proposta da G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Il Mulino, Bologna, 2017, 32: «un insieme di atteggiamenti, di pratiche, di stili di interpretazione e di argomentazione, che sono adottati dagli operatori giuridici in un certo contesto storico, e che possono essere rilevati a partire dai testi e in generale dai discorsi da questi prodotti (sentenze, saggi accademici, convegni scientifici, note a sentenza, riviste). Questi atteggiamenti, pratiche ecc. riguardano non solo le specifiche soluzioni di casi concreti, ma anche le idee su dove cercare quelle soluzioni, ossia in altre parole le idee su cosa conti come fonte del diritto, su quali materiali utilizzare in una argomentazione giuridica, con quale ordine di preferenza, e ovviamente sul modo in cui tali materiali vadano interpretati».

6 Rilevare una tendenza diffusa favorevole alla valorizzazione dei principi legislativi in funzione anche, se non anzitutto, di giustificazione non esclude che, a più voci, si continui a negare un obbligo del legislatore di motivare la propria attività. Più fattori concorrono a spiegare la situazione. Tra essi, vi è l'ambiguità della nozione 'obbligo di motivazione': sovente, essa è intesa come obbligo di enunciare le ragioni espressamente nel testo legislativo, anziché come obbligo di giustificazione, cioè, che l'atto-prodotto normativo risulti giustificato; poi, visioni diverse del potere legislativo e concezioni non equivalenti di Stato di diritto e separazione dei poteri (cfr. G: GAVAZZI, *La motivazione delle leggi*, in *Il politico*, 1974, 173-193). In uno Stato di diritto (a maggior ragione costituzionale), non potendovi essere esercizio legittimo di poteri in assenza di giustificazione, anche ogni esercizio di potere legislativo, per essere legittimo, e non considerarsi puro arbitrio, non può non essere giustificato (si v. il quadro delineato da G. PINO, *Diritti e interpretazione. il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010). Ogni giustificazione, i.e. ragione pratica/per agire, ha natura ideale-concettuale (resta attuale l'opera di J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975). Le ragioni di una legge (come di ogni norma o principio) possono essere espresse, esplicitate in un testo o discorso, ma l'assenza di una enunciazione espressa non equivale affatto a inesistenza.

7 Mi limito a ricordare che legge e d.lgs. integrano una combinazione normativa tra le moltissime proprie di una sistematica purchessia. Quest'ultima è, di volta in volta, opera del lavoro incessante: sia del legislatore, per il tramite della c.d. sintassi normativa (ossia il sistema inerente alle norme fatto dei nessi logici e semiotici veicolati dallo stesso mezzo linguistico),

Anzitutto, da una lettura comparata della Legge e della Codificazione⁸, emerge una doppia serie di principi, non essendovi perfetta coincidenza tra gli uni e gli altri, perlomeno stando al tenore letterale.

I primi principi, in ordine testuale, stabiliti dal legislatore (art. 1, co. 1, Legge) sono principi-scopo⁹ che, come tali, costituiscono anche motivazioni-giustificazioni dell'intervento legislativo¹⁰. Si noti che l'enunciazione di questo

nonché di *meta-norme* (norme che regolano, appunto, i rapporti normativi), *sia dei giuristi*. Per una mappa di temi e strumenti di analisi, si v. gli studi di V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002 e G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008.

⁸ Come anticipato, non è qui possibile indagare tutti i principi del Codice che vanno ben oltre quelli racchiusi nei primi articoli. Mi limito a rilevare la serrata sistematica del Libro I che, appunto, consta tutto di norme-principi più o meno generali e specifici. Oltre al Titolo I oggetto d'analisi, la «Parte I Dei principi», comprende il «Titolo II L'ambito di applicazione, il responsabile unico e le fasi dell'affidamento», che chiarisce la sfera materiale, i protagonisti e alcuni aspetti generali di sfondo inerenti la contrattazione pubblica. Le altre Parti in coerenza con il titolo del Libro sono, ciascuna, dedicate a tre colonne portanti – digitalizzazione, programmazione, e progettazione – figlie del PNRR. Sul punto è esplicita la Relazione del 7 dicembre 2022 della Commissione del Consiglio di Stato sullo Schema definitivo di Codice, 9-10, in www.giustizia-amministrativa.it/; cfr. ad es. D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in federalismi.it, 12, 2023, 4-14 e P. CLARIZIA, *La digitalizzazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2023, 302-310. Lo stile legislativo adottato fa eco all'approccio euro-unitario alla legislazione con evidenti influssi derivanti dal complessivo sistema di meta-regolazione dell'attività legislativo-esecutiva notoriamente conosciuto come *better* o *smart regulation* (si v. ad es. S. ZORZETTO, *Sul metodo giuridico e prestito di modelli. il caso della better regulation*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4, 2021, 913-930).

⁹ Il termine usato dal Codice è 'fine': nella presente analisi si considera come equi-estensivo a quello di 'scopo'. Come noto, nella letteratura giuridica e teorica è discusso se e cosa cambi nel riferirsi a 'fini', 'scopi', 'intenzioni', 'obiettivi', 'intent', 'volontà', etc. rispetto al legislatore. Senza entrare in disquisizioni terminologiche che finiscono per essere più confondenti che chiarificatrici, conta ricordare che nella prassi questi termini sono usati in maniera perlopiù fungibile e indefinita, sicché tentativi di rilevazioni lessicali aiutano poco. Conviene muoversi sul terreno ridefinitorio (si v. U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto* [1955], in A. PINTORE, *Filosofia analitica del diritto*, Pisa, ETS, 2014, 129 ss.) e rilevare che nessuno denota fenomeni di natura psicologica, mentale e simili. Il legislatore in un sistema democratico rappresentativo basato su organi collegiali è una metafora: una figura ideale di riferimento. Non esiste come persona in carne e ossa. Quand'anche si volesse ipotizzare un legislatore quale organo monocratico, in ogni caso, rileverebbe *qua* istituzione: non per i processi psicologici-mentali della persona fisica che, di volta in volta, ricopre la carica. Parlare di 'legislatore' è un modo abbreviato e iper-semplificato per riferirsi, a seconda dei contesti, a una istituzione, un potere (legislativo), un complesso insieme di procedimenti, un coacervo di norme di varia natura costitutive dell'istituzione e/o regolanti l'esercizio di quel potere e così via. Si parli allora di 'fini', 'scopi', 'intenzioni', 'obiettivi', 'intent', 'volontà', etc., ci si riferisce comunque a *ragioni pratiche che giustificano* (vale a dire: i *perché* di) un atto normativo nel contesto del ragionamento pratico di cui il ragionamento giuridico è una sottospecie (vedasi per una

primo gruppo di principi-scopo, come se fosse uno solo o al più una triade¹¹, evoca una concatenazione armonica in cui l'un principio sembra tenersi con l'altro e tutti procedere nella stessa direzione. È appena il caso di notare invece come adeguare la disciplina al diritto giurisprudenziale, razionalizzarla e far sì che sia conforme al diritto euro-unitario sono scopi sempre compatibili solo in un mondo ideale, in cui, per cominciare, la giurisprudenza dovrebbe essere coerente e incarnare la razionalità a base del disegno legislativo e seguire quindi lo stesso spartito razionale¹².

Il quadro dei principi rilevanti s'accresce di molto se si considerano quelli elencati al co. 2 dell'art. 1 della Legge: sarebbero trenta conteggiando le lettere da (a) a (ll), ma pressoché nessuna lettera reca un solo principio. Non potendo condurre una disamina puntuale, giova rilevare alcuni profili trasversali: (i) *more*

introduzione D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, ed. II, Torino, Giappichelli, 2020).

10 Conducendo un'analisi prevalentemente sintattica, i principi-scopo sono i seguenti: Fine-1 Adeguare la disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture al diritto europeo; Fine-2 Adeguare tale disciplina ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale; Fine-3 Adeguarla anche alla giurisprudenza delle giurisdizioni superiori interne; Fine-4 Adeguarla altresì alla giurisprudenza delle giurisdizioni superiori sovranazionali; Fine-5 Razionalizzare la disciplina; Fine-6 Riordinarla; Fine-7 Semplificarla; Fine-8 Evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea; Fine-9 Giungere alla risoluzione delle procedure avviate. Cfr. tra i commenti di settore, ad es. G. VERCILLO, *Riflessioni intorno alle ragioni e agli obiettivi della nuova riforma dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2023, 229-249.

11 I fini indicati alla n. 10 si possono raggruppare in tre macro-fini: (i) Adeguamento della disciplina al diritto vivente giurisprudenziale comprensivo dei Fini-2, -3, -4 *supra*; (ii) Razionalizzazione corrispondente ai Fini-5, -6, -7, considerando il concetto sovra-inclusivo rispetto a riordino e semplificazione); (iii) Conformità al diritto euro-unitario che copre i Fini-1, -8, -9.

12 Cosa voglia dire 'razionalizzare' apre un problema enorme di teoria dei sistemi. La tripletta 'razionalizzare, riordinare e semplificare' appare ridondante, se si assume che il razionalizzare non possa non implicare logicamente riordino e semplificazione. Il sintagma delinea un processo che va da una minore a una maggiore razionalità fatta di ordine e semplicità. Ancorché non sia così in ogni ambito e circostanza, nel caso del Codice (e il discorso vale per ogni riforma), suona contraddittorio ipotizzare che la razionalizzazione possa comportare più disordine o complessità. In altre parole, il concetto di razionalità presupposto è un concetto ordinamentale, caratterizzato da quanto più possibile ordine e semplificazione. Per quanto sovente si registri una certa ritrosia a riconoscerlo, sullo sfondo fa capolino l'idea di un ordine razionale che ha il suo paradigma nella logica formale (sul tema in generale ricordo l'opera di G. CARCATERRA, *La logica nella scienza giuridica*. Estratto da: *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, II ed., Torino, Giappichelli, 2015).

solito, è pressoché impalpabile, per non dire inesistente, la distinzione tra principi e criteri direttivi¹³, sicché, alla resa dei conti, siamo dinanzi a tutti principi e, anzi, matrici di principi più o meno generici, dai quali è possibile ricavare una costellazione di criteri direttivi, ossia di linee di possibile specificazione¹⁴; (ii) i principi del co. 2 sono ulteriori principi-scopo per i quali vale, *mutatis mutandis*, quanto detto per quelli del co. 1; (iii) essi sono sia una specificazione sia una integrazione dei principi-scopo sanciti al co. 1; (iv) gli elementi ridondanti o complementari tra ciascun principio e ogni altro dei due commi sono innumerevoli; (v) non meno intricati sono i collegamenti concettuali tra i principi, considerando le componenti concettuali.

In un quadro tanto complesso, l'eccedenza di principi legislativi rischia di innescare fenomeni di entropia/rumore che finiscono per essere disfunzionali, cioè, avere un effetto opposto rispetto a quello proprio di fornire parametri/criteri di corretto esercizio del potere normativo delegato¹⁵. Il controllo di conformità di un d.lgs. rispetto a una legge delega risulta particolarmente arduo, specialmente se i principi della legge delega hanno un contenuto indeterminato e/o sono declinati come defettibili, cioè suscettibili di eccezioni non predeterminate, oggetto a loro volta di delega¹⁶.

13 Tra le tantissime riflessioni teorico-giuridiche, si v. M. ATIENZA-J. RUIZ MANERO, *Tre approcci ai principi di diritto*, in *Analisi e diritto*, 1993, 9-29 e, più ampiamente, ID., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcellona, Ariel, 2004 che mostrano l'ambiguità del termine 'principio' e le tante difficoltà insite nella distinzione tra principi in senso stretto, criteri, norme programmatiche o di indirizzo - direttive.

14 Come vedremo *infra*, più un principio è generico (ossia caratterizzato da indeterminatezza) più è ampio lo spettro di criteri di possibile determinazione: la determinazione di un principio consiste nella scelta di un criterio, per cui non è un'operazione cogente logicamente, e non coincide con la deduzione. Per alcuni spunti anche in chiave esplicativa e considerando i profili logici, si v. S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, ETS, 2010, spec. cap. II e cap. IV, par. 2.

15 Si v. in generale sul problema G. LAZZARO, *Entropia della legge*, Torino, Giappichelli, 1985.

16 Si vedano ad esempio le lettere l) e ff) che recano divieti, *prima facie* sarebbero determinate. Senonché il divieto è accompagnato dalla salvezza di eccezioni, le quali rinviano, a loro volta, ad altri parametri aperti.

In qualsiasi caso di delegazione di poteri (legislativo così come interpretativo), indeterminatezza e defettibilità¹⁷ fanno sì che i contenuti (delegati) siano aperti; e più ampia è l'apertura, più diviene discrezionale sia l'esercizio del potere delegato, sia il tentativo di suo controllo, ossia distinguere tra corretta e scorretta attuazione della delega.

3. La Codificazione dei Principi: profili di semiotica e sistematica

3.1 Sulla estensione generale: il rinvio esterno tra lettera e spirito

Venendo alla Codificazione, gli enunciati recano tutti principi aventi portata generale nella sostanza, ossia considerandone le componenti concettuali, anche a voler per assurdo prescindere dal *nomen iuris* e dalla qualifica espressa di «generalis».

Per nulla ovvia è invece la estensione della generalità non essendo precisata espressamente.

Di conseguenza, come spesso accade in presenza di enunciazioni di principi generali, ci si può chiedere, in via preliminare, se essi valgano solo ed esclusivamente per l'ambito di applicazione di riferimento (nel nostro caso, la sfera di applicazione del Codice), o se la qualifica di 'generalis' suggerisca che possano/debbero applicarsi anche al di fuori del Codice. Propendere per l'una o l'altra soluzione è una scelta che sarà compiuta verosimilmente dalla giurisprudenza e dalla dottrina con plurime varianti.

L'ambito di applicazione o estensione di un principio¹⁸ (più o meno generale) non dipende, infatti, solo dal suo contenuto, ma da una congerie di fattori irrelati, logicamente, al grado di generalità. Possono contare, ad esempio, la

¹⁷ Entro una letteratura amplissima, per una elucidazione generale, si v. P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, 471-506.

¹⁸ Ancorché la questione non sia affatto pacifica in seno agli studi filosofico-giuridici dedicati a validità, vigenza, applicabilità, qui, 'ambito' o 'sfera di applicazione' ('applicabilità'/'validità materiale') ed 'estensione' si assumono equivalenti e si prescinde da approfondimenti (cfr. ad es. J.A. GARCÍA AMADO, *Validez, vigencia y aplicabilidad de las normas jurídicas*, in *nm.si-lex.es*, 2021; P. NAVARRO, J.J. MORESO, *Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*, in *Isonomia*, 5, 1996, 119-139).

genesi storica, il rango (non solo in senso formale, ma anzitutto assiologico), la collocazione entro l'ordinamento¹⁹, le costruzioni dogmatiche che l'accompagnano e, più in generale, ogni assunzione inerente la vigenza.

In definitiva, l'ambito di applicazione di un principio non può essere stabilito in astratto, una volta per tutte, in via conclusiva: è una variabile del contesto pragmatico di operatività del principio. Questo non significa che i principi abbiano estensione illimitata o sia illusorio definirne gli ambiti di applicazione. Piuttosto, si tratta di prendere atto, con realismo, che la partita si gioca inevitabilmente sul terreno concreto dell'applicazione ed è una partita perenne che vede impegnato ogni operatore. Ciascuno, con le sue scelte o proposte puntuali di (dis)applicazione, contribuisce a ridefinire i confini.

Che nella prassi, dottrinale e giurisprudenziale, si riscontrino frequenti contese sull'ambito di applicazione dei principi legislativi conferma la rilevanza pragmatica della questione. Se si vuole dipanarla, a ben poco giova discettare della generalità del principio in discussione. Occorre invece indagare le divergenti visioni dei giuristi (teorici e pratici), le cause e i motivi a base dei disaccordi e della disomogeneità di ricostruzioni²⁰.

Tra i possibili appigli testuali richiamabili a proposito della portata intra- o ultra-codicistica di uno o più principi *ex artt.* 1-11 del Codice, vi è l'art. 12. Riguardando il «Rinvio esterno», si presta a opposte letture.

19 La collocazione rilevante a seconda dei casi può essere di vario ordine: testuale (il documento in cui è scritto o si ritiene implicito); co-testuale (l'insieme normativo di cui è ritenuto far parte); contestuale. Può influire il macro-contesto (storico-socio-politico) in cui viene in gioco il principio fino al micro-contesto, che, all'estremo, coincide con il caso singolo di cui si discute (cfr. ad es. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2019, 112 ss.; A. BELVEDERE, *Il linguaggio del codice civile*, in P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato. I. Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, UTET, 1999, 87-125; J. BAQUERIZO MINUCHE, *Su fonti del diritto, ideologie giuridiche ed interpretazione letterale. Tre commenti marginali a L'interpretazione nel diritto*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2, 2023, 5-17).

20 Per taluni approfondimenti, restano punti di riferimento gli studi ad es. di G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2009, 131-158; B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 53-74; R. GUASTINI, *I principi nel diritto vigente*, in M. BESSONE, R. GUASTINI (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, Cedam, 1995, 113-139; ID., *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, Cedam, 1998, 85-103.

Per un verso, a partire da esso si potrebbe argomentare nella direzione dalla estensione *extra-codicem* almeno di alcuni principi vedendo nel rinvio un indice di porosità interna dell'ordinamento²¹. Ragionando di tal guisa, il Codice s'integra con altre normative, come completa all'occorrenza altri ambiti tramite i suoi principi. Si assume così che, tra Codice e altri ambiti, sia possibile istituire nessi di mutua integrazione e completamento, di cui i principi sono tipicamente protagonisti.

Per altro verso, il rinvio esterno vale «per quanto non espressamente previsto nel codice». Dunque, stando alla lettera, considera la esigenza che qualche aspetto del Codice abbia bisogno di essere completato grazie a qualcosa che sta fuori dal Codice, e non viceversa. Ciò può indurre una lettura *a contrario*²²: quindi, a escludere che quello che sta dentro il Codice sia applicabile *aliunde*.

Senza addentrarsi in un terreno di competenza degli esperti, in linea teorica, è ragionevole prevedere che la prima linea di pensiero possa prevalere, essendo, tutto considerato, minoritaria la tendenza ad argomentare *a contrario* o comunque in modo tale da giungere a un esito non estensivo quando è in gioco un principio. In sé, beninteso, nulla preclude approcci tesi a limitare, o persino ridurre, l'ambito applicativo di un principio. Ma è appena il caso di ricordare quanto i principi siano tipicamente visti come dotati di *forza espansiva*, usando una espressione metaforica²³. Ed è notorio quanto questa visione, dalle origini antiche, sia radicata nella cultura e si concretizzi in una pluralità di tecniche e argomentazioni. Incidentalmente, per quanto alcune siano d'uso più frequente

21 Sulle implicazioni della porosità del linguaggio normativo si v. gli approfondimenti di C. NICOLINI COEN, *Condizioni di possibilità e valore della discrezionalità nell'ambito giudiziario*, in *Ars interpretandi*, 2, 2018, 95-112.

22 Sull'argomento per tutti: G. CARCATERRA, *L'argomento a contrario*, in S. CASSESE, G. CARCATERRA, M. D'ALBERTI, A. BIXIO (a cura di), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1994, 177 ss.; D. CANALE, G. TUZET, *Struttura inferenziale e assunzioni ontologiche dell'argomento a contrario*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2010, 1, 189-205.

23 Si v. ad es. P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *Ritorno al diritto*, III ed., Roma-Bari, Laterza, 51ss. Assai celebre è anche la ricostruzione bettiana in termini di eccedenza assiologica, che tanta influenza ha esercitato nel pensiero (cfr. ad es. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, II ed., Milano, Giuffrè, 1949, 145, 152-154, 159, 307, 316, 330).

e altre più rare, ciò è un fatto contingente: nessuna tecnica o argomento ha un legame cogente o necessario con i principi²⁴.

Si può aggiungere che il «Rinvio esterno» *ex art. 12*, enunciando due voci, mal si presta a una interpretazione aderente alla lettera o *a contrario*, cioè, limitando la portata a quello che dice espressamente. Ipotizzare che permetta davvero un rinvio solo ed esclusivamente alle disposizioni della l. 7 agosto 1990, n. 241 e al c.c., condurrebbe a un esito interpretativo assurdo, giuridicamente inammissibile e impossibile da seguire. Basta il buon senso per intuire che il Codice non possa non coordinarsi, oltre che con la l. n. 241/1990 e il c.c., con altre normative (leggi, regolamenti, decreti ministeriali, provvedimenti delle autorità amministrative, atti legislativi europei, etc.)²⁵. Ben più plausibile è attribuire al rinvio una funzione espressiva, oltre che prescrittiva: fondamentale, ha valenza chiarificatrice-esplicativa, non escludente di altre normative. La l. n. 241/1990 e il c.c., come si suole dire, *fan coppia*, ciascuno, con l'una («contratti pubblici») e l'altra («contratti pubblici») anima del Codice²⁶; ed è noto quanto la cultura veda l'emblema (storico) di questa duplice anima in tali documenti aventi ruolo cardine nelle sistematiche, e pubblicistica e privatistica.

L'articolo svolge anche una funzione ancillare collegata alla precedente, che si giustifica sulla base di una lettura sistematica della Codificazione. Sicco-

24 Cfr. ad es. P. CHIASSONI, *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, in *Analisi e diritto*, 2002-2003, 55-124.

25 Del resto, Codificazione e Codice sono pieni di richiami e rinvii ad altre discipline e normative.

26 Uso intenzionalmente una metafora per evocare solo, non potendo trattarla, una tematica che percorre la storia dei contratti pubblici dal Novecento ai nostri giorni, ossia quella del malcerto confine tra pubblico e privato. Sul punto, si v. tra le riflessioni più recenti: V. CERULLI IRELLI, *Il diritto amministrativo e il codice civile*, in *Contratto e impresa*, 4, 2023, 1074-1095; S. CASSESE, *Diritto pubblico e diritto privato: gli incerti confini*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2023, 433-435. Come noto, la discussione è la punta d'un iceberg che affonda nel tema dei rapporti tra diritto pubblico e privato (in special modo si v. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, Il Mulino, 2020 che coglie un movimento di riflessioni a più voci come ricorda A. CASSATELLA, *Rapporti fra diritto pubblico e diritto privato nell'attività amministrativa: scritti recenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2021, 135-136). Testimonianza, tra tante, è la oramai pluridecennale discussione sulla impronta pubblicistico-regolatoria del diritto privato dei contratti (cfr. R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2020, 134-146).

me alcuni articoli 1-11 richiamano principi tradizionalmente propri del diritto delle obbligazioni e dei contratti privati²⁷, poteva sorgere il dubbio che solo quelli espressamente citati fossero utilizzabili rispetto ai contratti pubblici²⁸. Il rinvio fuga questo dubbio e fornisce all'interprete una linea guida interpretativa opposta: oltre ai principi del c.c. espressamente richiamati dalla Codificazione, anche altri sono applicabili.

3.2 Sul principio del risultato: concetti, gerarchie e funzioni espressive

Scorrendo la Codificazione, *littera legis*, primeggia il principio del risultato. Ma l'impressione *prima facie*, veicolata anche dal luogo testuale (art. 1) e rafforzata dal co. 4 («criterio prioritario»)²⁹, merita approfondimenti.

In primo luogo, atteso che la Legge espressamente non parla di 'risultato', il *nomen iuris* ex art. 1 del Codice è esercizio di potere delegato. Ciò non implica che il principio sia creato *ex nihilo*³⁰. Vero è, anzi, il contrario, se si ha cura di distinguere tra sintassi e semantica, ossia tra ciò che è espresso e ciò è impli-

27 Per ricordarne solo alcuni; buona fede, affidamento, autonomia contrattuale, conservazione dell'equilibrio contrattuale. Si v. G.D. COMPORI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2024, 11-75; G.F. NICODEMO, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2023, 561-571; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, L. DE FUSCO, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo "Codice dei contratti pubblici"*, in *federalismi.it*, 21, 2023, 15-40; M.E. COMBA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 8-9, 2023, 1975-1983; F. LIGUORI-P. LA SELVA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *CERIDAP*, 3, 2023, 44-63.

28 Gli studi di pragmatica spiegano perché talora è necessario essere più espliciti rispetto al contesto ordinario: Si v. R. COLONNA DAHLMAN, *Conveying meaning in legal language – Why the language of legislation needs to be more explicit than ordinary language*, in *Journal of Pragmatics*, 198, 2022, 43-53.

29 Vanno rilevati anche i richiami al principio contenuti negli articoli: 2, co., 2 («secondo il principio del risultato») e 6, co. 1, («in base al principio del risultato»). Si veda anche l'art. 109, co. 2, del Codice che accenna anche espressamente al bilanciamento. Cfr. H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.judicium*, 2023, 1-6; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 4, 2023, 821-845; F. CUSANO, *Luci e ombre del principio del risultato*, in *ambienteditto.it*, 3, 2023, 336-344.

30 Basti ricordare la categoria dell'amministrazione di risultato: cfr. M.R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, 9, 2024, 206-227; E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2023, 829-862.

cito in un testo: vale a dire tra disposizioni (enunciati normativi) e norme. Siamo dinanzi al caso non infrequente di un principio: (i) inespresso nella legge delega; (ii) che, dal legislatore delegato, è considerato implicito; (iii) la cui formulazione espressa nel d.lgs. si assume attuazione in sé della delega. Si noti che l'assunzione che il d.lgs. espliciti quel che è prescritto nella legge delega è fondamentale per la giustificazione e la legittimità dell'esercizio del potere delegato. L'assunzione, peraltro, non è circoscritta solo alla combinazione legge delega/d.lgs. e nemmeno ai principi.

Quanto precede vale considerando qualsiasi testo (e norma) purchessia. La giustificazione e legittimazione dei principi inespressi (lo stesso può dirsi, delle norme inesprese)³¹ poggia sull'assunzione di chi li esplicita che siano impliciti in qualche luogo (ideale) dell'ordinamento. Affinché l'assunzione non finisca per essere circolare, cioè vuota, nient'altro che una petizione di principio auto-legittimante un'attività creativa, è necessario chiarire il *salto* dalla dimensione inespressa e quella espressa. Parlo di 'salto' perché non essendovi coincidenza né automatismi tra sintassi e semantica sono inevitabili e ineliminabili scelte³². Essere consapevoli e tentare di chiarire queste scelte è una delle imprese più complesse per un interprete che voglia procedere in maniera trasparente.

Ciò premesso, per cogliere la portata del principio a livello espressivo è utile esperire la c.d. prova di sostituzione o in negativo³³. Se compiendo un esercizio teorico si formulasse il principio opposto, finiremmo in un *non-senso*

31 Quando si parla di principi o norme *inespressi* s'intende riferirsi alla situazione in cui si rileva l'assenza di qualsivoglia enunciazione purchessia in qualsiasi testo ufficiale. Infatti, principi e norme sono entità concettuali-ideali da non confondere con gli enunciati che si leggono o i discorsi che si enunciano. Vanno considerate le plurime dimensioni dei segni linguistici: un conto è il significante percepibile ai sensi (grafema, fonema, etc.). A questo livello stanno parole, frasi, termini, sintagmi, disposizioni, enunciati. Altro sono i possibili significati (principi e norme) riconducibili a un dato significante. Per una discussione si v. T. GAZZOLO, *Voce e scrittura del diritto. Per una giurisprudenza senza-legge*, in *Politica del diritto*, 1-2, 2016, 49-94.

32 Sul diuturno dilemma di cosa (pre)esiste e di costruisce/crea interpretando, si v. a titolo paradigmatico le riflessioni di R. GUASTINI, *Creazionismo giudiziario?*, in *Ragion pratica*, 2, 2020, 391-400 e M. JORI, *I giudici creano diritto?*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 2009, 1-24, che valgono anche per ogni altro interprete, non solo il giudice.

33 Per tutti, ricordo U. ECO, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, Einaudi, 1997, 51-53 e 278, ma vedasi l'intera opera.

giuridico. Sarebbe giuridicamente assurdo prescrivere che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti [*non perseguono, id est non dovrebbero perseguire*] il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza».

Il fatto che il principio opposto suoni, a dir poco, strano³⁴, appia del tutto illegittimo, ma non sia un non-senso *tout court*, qualcosa d'illogico o auto-contraddittorio conferma che il principio sancito dal Codice sia una prescrizione. Non è vero, detto altrimenti, che esso sia un guscio vuoto riempibile di qualsiasi contenuto. Inoltre, la stranezza del principio opposto è tutta giuridica: cioè, deriva dal contesto valoriale e normativo di sfondo, al quale quindi non si può non attingere per dare contenuti, in positivo, al principio stesso.

La forza espressiva del principio è rafforzata anche dalla circostanza che quello di risultato non è un concetto esclusivamente tecnico-giuridico. Prim'ancora è un concetto ordinario che gode di generalizzata connotazione positiva riflettendo un ideale di razionalità strumentale. Possiamo essere in disaccordo su innumerevoli questioni, ma è quanto meno più ragionevole che non pensare che sia preferibile perseguire, anziché non perseguire risultati (quali che siano).

Questi elementi congiuntamente ad altri, tra cui il nesso con i principi di legalità, trasparenza e concorrenza, fanno sì che il principio del risultato assuma la fattezze di una *summa* dei principi della Codificazione e della Legge, la quale a più riprese, espressamente e non, richiama obiettivi, legalità, trasparenza e concorrenza³⁵.

34 Sulla stranezza e infelicità pragmatica si v. L.R. HORN-G. WARD (eds.), *The Handbook of Pragmatics*, Blackwell, Oxford, 2006, spec. B. ABBOTT, *Definiteness and Indefiniteness*, 122-149 e R. CRAIGE, *Context in Dynamic Interpretation*, 197-220.

35 Sul tema si v. F. CARINGELLA, *La filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici e il coraggio del cambio di paradigma*, in L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI (a cura di), *Manuale dei contratti pubblici*, Napoli, Dike Giuridica, 2024, 1-14.

Anche altre componenti concettuali del principio concorrono a questa percezione, posto che i risultati prescritti sono qualificati: devono perseguirsi «con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo». Siamo dinanzi a un principio ambizioso per il quale conta anche il *quomodo*: cioè, *come* si perseguono i risultati. Ciò conferma la razionalità strumentale a base del principio per cui valgono sì i risultati (obiettivi/fini/scopi), ma anche i mezzi. Anzi, se potrebbe essere un truismo perseguire risultati³⁶, non lo è affatto come si possano/debbero perseguire. In ciò, del resto, sta la cifra del giuridico ogniqualvolta vi sia concordia su obiettivi/scopi. La portata prescrittiva si gioca dunque anzitutto dal lato dei mezzi, ossia delle modalità dell'azione di tutti i soggetti coinvolti nella negoziazione/stipulazione di contratti pubblici. Non a caso i due parametri espressamente indicati toccano nervi scoperti: i fattori tempo ed economico. Che siano menzionati questi due parametri non esclude la rilevanza d'altri nel perseguimento dei risultati. L'intero Codice, con tutte le sue norme, fornisce un'articolatissima rete di ulteriori specificazioni. Peraltro, i predicati 'massima' e 'migliore ... possibile' sono, a loro volta, indicatori di scopo a valenza espressiva, oltre che prescrittiva: servono a promuovere un ideale di buona amministrazione che fa il massimo sforzo, compatibilmente con le circostanze del caso. Questa lettura teleologicamente orientata non è obbligata. Riflette una scelta di conservazione degli enunciati legislativi. Infatti, se il riferimento modale «con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo» venisse inteso letteralmente, indicando qualcosa di estremo, sarebbe impossibile adempiervi³⁷.

³⁶ L'enfasi sui risultati è una ovvietà, per nulla scontata: guardando alla storia e all'attualità della pp.aa., tradisce la cronica e perdurante preoccupazione che i risultati restino buoni propositi sulla carta.

³⁷ I giochi linguistici a partire dalla c.d. lettera sono molteplici e conducono all'uso di plurimi argomenti, tra cui argomentazione teleologica, funzionale, consequenzialista, *reductio ad absurdum* (cfr. E.T. FETERIS, *La ricostruzione razionale dell'argomentazione teleologico-consequenzialista nella giustificazione delle decisioni giudiziali: una prospettiva pragma-dialettica*, in *Ragion pratica*, 2, 2007, 537-548). È stato da tempo puntualizzato (cfr. ad es. gli studi raccolti a cura di V. VELLUZZI, *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000, *passim*) che, a seconda dei sensi in cui si concepisce lettera o significato letterale, si genera una folta famiglia di argomenti che possono condurre a determinazioni di significato differenti.

Volendo sintetizzare, per non svuotarlo di contenuto per eccesso d'*hybris*, il complessivo principio (e, in particolare, il riferimento modale testé commentato) va inteso come defettibile, vale a dire suscettibile di eccezioni aperte che implicano una determinazione di caso in caso³⁸.

Quanto precede non è un'ipotesi ricostruttiva teorica, concepita a tavolino.

Il co. 4 dell'art. 1 mostra, con grande trasparenza, la natura defettibile del principio laddove sancisce che esso è «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto». Questa statuizione costituisce un atto di realismo e onestà, a fronte del fatto che la discrezionalità è ineliminabile e i principi non vivono in astratto, bensì operano per vie di specificazione che non possono non avvenire di caso in caso.

Dunque, se considerando un solo principio, non si può non fare i conti con le sue attuazioni, a meno di confinarlo a *flatus vocis*, a *fortiori* ciò vale rispetto a più principi, tra cui non vi sono rapporti rigidi o predeterminati.

Si è detto già che la Codificazione pullula di principi dai molti nessi.

Lo stesso principio del risultato rivela un intreccio straordinariamente complesso. Intreccio che essendo multidirezionale, allo stesso tempo, sembra indebolirne e rafforzarne la primazia.

Per un verso, sancisce il «rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza». I tre principi fungono da parametri di corretto perseguimento del risultato. Dicendo l'ovvio per qualsiasi esperto: non sarebbe conforme al principio del risultato, un risultato ottenuto violando uno dei tre principi citati. Per altro verso, è altrettanto notorio che ciascuno dei tre principi ha fondamento altrove, a prescindere da quello del risultato. Tutto ciò ne pone in discussione la primazia facendone un principio sotto-ordinato ai tre richiamati.

D'altra parte, le gerarchie tra i principi in esame sono tutt'altro che banali da rintracciare. Tra essi esistono una pluralità di gerarchie, tutte diverse e tra loro

³⁸ Si v. H. PRAKKEN, G. SARTOR, *The Three Faces of Defeasibility in the Law*, in *Ratio Juris*, 1, 2004, 118-139.

distinte, di ordine logico-concettuale, linguistico-testuale, formale, materiale, assiologico, per citare solo alcune delle più tipiche che si usa censire³⁹. Proprio la possibilità di ordinare ciascun principio di volta in volta rispetto a un altro in maniera diversa fa sì che essi siano enunciati l'uno come pari o sotto/sovraordinato all'altro e che nei contesti applicativi inversioni d'ordinazione siano una costante. A titolo d'esempio, mi limito a considerare il comma 2 dell'art. 1⁴⁰. Ivi, la concorrenza è funzionale all'attuazione del principio del risultato, il che equivale a restituire a quest'ultimo una sopra-ordinazione su quello di concorrenza. Quanto ai nessi tra trasparenza e legalità, la prima è declinata come servente rispetto alla seconda. Sicché, limitandosi alla sola lettura combinata dei primi due commi, la legalità parrebbe al culmine, con la trasparenza al livello -1, come principio-servente; quello del risultato al livello -2 quale altro principio-servente sotto-ordinato dovendo rispettare i primi due; la concorrenza, a sua volta, sarebbe principio pari-ordinato al livello -2 a quello del risultato, assumendo che le relazioni biunivoche fatte da rispetto di cui al co. 1, per un verso, e funzionalità di cui al co. 2, per l'altro verso, portino a una sostanziale equi-ordinazione.

Ora, è lampante che siffatto tentativo di ordinazione condotto in via d'esperimento, basato su nessi concettuali ricavabili *prima facie*, sia ampiamente insoddisfacente e privo di reale capacità esplicativa rispetto al quadro normativo. Il che, se non costituisce una prova, è almeno un indizio che le ordinazioni tra i principi non siano cogenti, bensì esito di operazioni di costruzione e sistematizzazione⁴¹.

39 Cfr. R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1997, 463-488; ID., *Gerarchie normative*, *Revus*, 21, 2013, 57-70; G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, 263-299; J. FERRER BELTRÁN-J.L. RODRÍGUEZ, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, *ibidem*.

40 Nulla dico a proposito delle pretese di «conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti», di «massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole» del Codice, e assicurare «la piena verificabilità», valendo *mutatis mutandis* quanto osservato in relazione al co. 1.

41 Per un'analisi complessiva, oltre alle opere citate in n. 7, si v. J.L. RODRÍGUEZ, *Sistemas jurídicos*, in V. RODRÍGUEZ-BLANCO, J.L. FABRA ZAMORA (coord. por), *Enciclopedia de*

Si noti che questo stesso esempio mostra quanto, d'altro canto, l'opera di sistematizzazione non sia libera. Per quanto i principi siano componibili variamente, a due a due, a tre a tre, e così via, le connessioni rinvenibili non sono né indifferenti, né infinite, né qualsivoglia. Ve ne sono di natura diversa, talune più e meno plausibili, giuridicamente. Anche nel frangente, la correttezza delle scelte di ordinazione dei principi, qualunque esse siano, dipende dalle ragioni che si forniscono per giustificarle⁴².

A riprova di quanto osservato il co. 3, primo periodo, dell'art. 1, nel sancire che «[i]l principio del risultato costituisce *attuazione, nel settore dei contratti pubblici*, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito *nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea*» (enfasi mie, *n.d.r.*), accresce il grappolo di principi con ulteriori collegamenti concettuali e gerarchie⁴³. Il gioco espressivo dei richiami a principi, da un lato, conferma la sotto-ordinazione formale del principio del risultato ad altri classici del diritto pubblico. Dall'altro lato, funge da rinforzo della sua portata assiologica l'essere attuativo di principi particolarmente importanti.

In proposito merita sottolineare la precisazione contenuta nelle lettere a) e b) del co. 3, secondo cui il principio del risultato serve a «valutare la responsabilità» e «attribuire gli incentivi». Si fa leva sui due versanti tradizionali a presidio del perseguimento della conformità al diritto. Dal lato della responsabilità è latente la funzione preventiva-repressiva il cui presupposto è il *bad man* bisognoso di rimedi dissuasivi per obbedire⁴⁴. Dal lato degli incentivi, è invece la-

filosofía y teoría del derecho, 2, 2015, 979-1018.

⁴² Uno studio a tutto tondo resta E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, *ibidem*.

⁴³ Metto del tutto tra parentesi una serie d'interrogativi di enorme portata che, notoriamente, vengono ben prima e vanno ben al di là del Codice: (i) se efficienza, efficacia ed economicità siano tre principi o uno; (ii) quali siano i nessi tra questi principi-concetti e quello di buon andamento; (iii) quale rapporto vi sia tra buon andamento e perseguimento dell'interesse della comunità e raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

⁴⁴ Il riferimento è all'archetipo discusso da O.W. Holmes il quale ha alimentato una letteratura sterminata sul rapporto tra diritto, obbligatorietà, obbedienza, coercizione, etc. Tra

tente la funzione premiale-promozionale il cui presupposto è un individuo limitatamente virtuoso bisognoso di stimoli. Per rendere il diritto più efficace si punta dunque sui due modelli archetipici: quello fatto di comandi e sanzioni negative si pone in alleanza con quello basato su consigli e sanzioni positive⁴⁵.

Provando a trarre le somme, alla luce del grappolo di principi richiamati dalla Codificazione, quello del risultato è uno tra i prioritari, sicuramente non l'unico, e questa priorità è derivata da altri principi più fondamentali. Quale tentativo di guida della discrezionalità interpretativa-applicativa, assolve una funzione persuasivo-espressiva, la cui effettiva efficacia prescrittiva è rimessa al banco di prova della prassi, stanti i concetti indeterminati che lo compongono e il gioco con gli altri principi. Leggendo dal basso la complessiva prescrizione dell'art. 1 si potrebbe dire che il potere discrezionale deve essere esercitato, e la regola del caso concreto deve essere individuata, in conformità ai principi di: (i) legalità; (ii) buon andamento; (iii) interesse della comunità; (iv) raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea; (v) trasparenza; (vi) concorrenza; (vii) efficienza, efficacia ed economicità⁴⁶. Affinché questa situazione possa darsi tutti questi principi dovrebbero essere determinati facendo ogni volta lo sforzo di compiere scelte che li rendono compatibili e che conducano a esiti interpretativi e applicativi convergenti. Questa attitudine verso i principi è denominata variamente a seconda dei modelli teorici. Ma a prescindere da autori e mode, conta che se un atteggiamento cooperativo di questo genere non esiste, qualsiasi enunciazione e codificazione di principi inesorabilmente implode e si finisce nell'arbitrio. Insomma: che il Codice muova da una Codificazione ambiziosa

gli studi più recenti che riprendono il dibattito si v. J.A. RABANOS, *On Coercion and the (Functions of) Law*, in N. BERSIER, C. BEZEMEK, F. SCHAUER (eds.), *Sanctions: An Essential Element of Law?*, Cham, Springer, 2024.

45 Per tutti si v. N. BOBBIO, *Sulle sanzioni positive*, in AA.VV., *Scritti dedicati ad Antonio Raselli*, 1, Milano, 1971, 229-249; ID., *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in L. FORLATI PICCHIO (a cura di), *Incentivi CEE per la riforma delle strutture economiche*, Padova, 1985, 1-34; ID., *Comandi e consigli*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, 369-390.

46 L'elencazione non sottende alcun ordine o gerarchia essendo queste variabili contestuali, come detto *supra*.

non è un male, né un difetto. Sta a ciascun operatore giuridico riconoscere la propria responsabilità nel far sì che ciò non degeneri in abusi, né si trasformi in una illusione. I principi funzionano se si canta in coro, mentre vengono traditi se si agisce da battitori liberi⁴⁷.

3.3 Principi, simboli e valori caldi per un nuovo corso

Se l'art. 1 presenta importanti tratti espressivi, l'art. 2 ha una carica simbolica ancora più marcata. Vista con occhi filosofici, l'enunciazione del principio della fiducia è manifestazione di una concezione del diritto che potremmo definire: calda, densa di valore. Dare alla fiducia rilevanza, tra l'altro, fondativa, è una scelta non solo in sintonia con una visione del giuridico orientata assiologicamente, ma che suggerisce anche adesione a un certo ideale d'individuo e società. In altre parole, volendo dar peso alla parola, sottende una opzione antropologica⁴⁸ e, a monte, metafisica⁴⁹.

Il principio della fiducia non viene definito, facendo assegnamento, si assume, anche su una lunga tradizione di pensiero filosofico⁵⁰. Dando per presupposta la condivisione del suo senso e dei suoi possibili significati, gli viene attribuita una funzione particolarmente rilevante: l'art. 2 lo pone infatti, come si anticipava, a *fondamento* dell'attribuzione e dell'esercizio del *potere* nel settore dei contratti pubblici⁵¹.

47 Prendo a prestito la metafora del coro da M. JORI, *Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo*, in *Criminalia*, 2018, 1-54.

48 Si veda per tutti la concezione promossa da T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021 che costituisce il paradigma di riferimento, avendo fatto salda presa sul pensiero attuale. Tra i tantissimi commenti, segnalo per la visione simpatetica (pur riflessivo-problematica), F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Sulla complessa relazione tra diritto e fiducia*, in *Etica & Politica*, XXV, 1, 2023, 84-97.

49 Si vedano in particolare le riflessioni di F. PUPPO, *Diritto e retorica*, Torino, Giappichelli, 2023, xiii ss.

50 Il legame tra fiducia, reciproco riconoscimento e giustizia percorre la storia della filosofia e nel Novecento ha avuto tra i suoi alfieri Rawls, Olson, Nussbaum, Sen, la cui influenza oltrepassa il pensiero teorico-politico e meta-etico, divenendo lo sfondo di numerose concezioni del diritto.

51 Recita testualmente il co. 1 dell'art. 2 «L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici». Non potendovi essere fiducia senza reciprocità, destinatario del principio è chiunque si trovi in una relazione rilevante

Nonostante la precisazione del perimetro, è lecito ipotizzare che il principio possa essere concepito come concernete *ogni potere* (da intendersi, sottinteso, riconosciuto come *giuridicamente legittimo*). Una simile lettura è coerente con l'ideale dello Stato di diritto in cui non vi è spazio per il potere purchessia, ma solo per quelli legittimi (esercitati in conformità al diritto)⁵². Questa direttrice espansiva percorre la storia contemporanea e non solo, in cui la fiducia riguarda, in chiave teorico-filosofica e antropologica, qualsiasi relazione umana, la cui genesi e forma segue un tracciato non verticale, bensì orizzontale. Essa è una virtù-valore relazionale reciproca: non può esservi fiducia senza reciprocità. Di qui il nesso con un concetto di diritto il cui perno è la relazione tra soggetti-individui che si riconoscono l'un l'altro.

Questo comune denominatore viene arricchito, da dottrine e orientamenti, di una pluralità di valori (ad es., eguaglianza, giustizia, dignità, rispetto, etc.)⁵³.

Fa eco la figura della persona ragionevole e, con essa, la esistenza di aspettative e affidamenti reciproci di comportamento⁵⁴ che cementano, appunto, quel legame fiduciario tra sé e gli altri, senza il quale vi sarebbe *a-nomia*⁵⁵.

con altri. Così, correttamente, il Codice sancisce che i destinatari del principio non sono solo i soggetti pubblici, ma tutti coloro che operano nel settore dei contratti pubblici.

52 Sulla distinzione tra autorità-potere di fatto e legittimo, in connessione con lo Stato di diritto, si v. la complessiva concezione di J. RAZ, *The Authority of Law. Essays On Law And Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979; ID., *Legitimate Authority: An Introduction*, in P. PASQUINO-P HARRIS (eds.), *The Concept of Authority, A multidisciplinary approach: from epistemology to the social sciences*, Roma, Fondazione Adriano Olivetti, 2007, 147-175.

53 Il Codice (art. 1, co. 1 e 4, nonché anche art. 5) l'accompagna con più valori classici: legittimità, trasparenza, correttezza, buona fede, tutela del (legittimo) affidamento. Si v. G.M. MEZZAPESA, *Responsabilità amministrativa e applicazione dei principi della fiducia e del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 7-8, 2023, 407-421; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 17, 2023, 271-280. Mi limito a osservare che, intesa in termini teorico-general, la legittimità è una sorta di meta-valore o chiave di volta come la legalità e la conformità al diritto: ciascuno di questi concetti è interconnesso e circolare per definizione, facendo riferimento al diritto stesso.

54 Vedasi in proposito l'intima connessione tra art. 2 e 5, ossia fiducia e buona fede e tutela dell'affidamento. Sul punto si v. il focus *Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: criterio interpretativo e applicazione concreta nelle più recenti sentenze del giudice amministrativo*, in *sentenzeappalti.it*.

55 Tra i più spiccati accostamenti complessivamente in chiave relazionale si v. B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, Torino, Giappichelli, 1999.

Sempre muovendosi nelle pieghe simbolico-espressive, la Codificazione dà voce, tramite più principi⁵⁶, a due aspetti salienti trasversali del diritto vigente: promozionalità e particolarismo.

Da un lato, la batteria di principi della fiducia, buona fede, solidarietà, affidamento, risultato, accesso al mercato, proporzionalità, etc., sono tutti tesi a promuovere una concezione del diritto basata su condivisione e cooperazione: volendo esprimersi in termini di funzioni, l'enfasi è posta su una prospettiva promozionale, incentivante, facilitativa, premiale, etc.. Non a caso si parla di «favorire», «valorizzare», «promuovere», «condividere», etc.⁵⁷.

Dall'altro lato, si dà atto a più riprese in maniera trasparente della inevitabilità di valutazioni, scelte, decisioni che non possono non avvenire nel caso concreto, si tratti di quelle compiute dai soggetti pubblici o privati, nel contesto dell'amministrazione o della giurisdizione⁵⁸.

Sia chiaro che le osservazioni che precedono non vogliono essere un processo alle intenzioni di chi ha scritto il Codice, impresa che sarebbe priva di senso, né con esse s'intende difendere una determinata ricostruzione della genealogia di uno o l'altro principio o avanzare proposte normative.

Queste scarse riflessioni hanno piuttosto l'obiettivo di mostrare come principi e concetti – e ciò vale sia per quelli che appaiono più nuovi, sia per

56 Mi riferisco in particolare ai primi tre: risultato, fiducia e accesso al mercato, ma si vedano anche i principi *ex artt.* 5 e 6 di buona fede/affidamento e solidarietà/sussidiarietà orizzontale. Vale aggiungere che anche il principio di accesso al mercato è un principio-scopo ancorato ad altri: concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, proporzionalità. Il che significa che ogniqualvolta si ha a che fare con un problema di accesso al mercato ci si trova a dover scegliere tra le possibili combinazioni di questi principi-valori. Non discriminazione e proporzionalità conducono a ragionare in termini di giustizia, considerando i suoi due volti: eguaglianza-generalità ed equità.

57 Nella stessa direzione positiva è declinato anche il co. 4.

58 Oltre ai co. 1 e 4 è significativa la definizione di colpa grave ai fini della responsabilità amministrativa sancita al co. 3. Essa ruota attorno a concetti che sono tipiche clausole generali, cioè concetti valutativi-indeterminati (sul tema l'opera di riferimento è V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010), i cui significati sono determinabili, appunto, in ciascun caso, a seconda delle circostanze. Inoltre, rinvia a concetti pragmatici –'palese', 'normale' – per loro natura dipendenti dal contesto. Anche l'esimente ancorata alla prassi (giudiziaria e amministrativa) dimostra la co-produzione del diritto vigente da parte di tutti gli attori in campo.

quelli più consolidati⁵⁹ – possano essere veicoli impliciti d'innomerevoli assunzioni e implicazioni: filosofiche, etiche, politiche, ideologiche, culturali. Scavare nei concetti e principi è, perciò, un'arma a doppio taglio. Se, per un verso, è un modo per cercare di comprendere più a fondo il mondo giuridico in cui siamo immersi; per altro verso, v'è sempre il rischio, come emerge anche dall'esperimento compiuto, di vedere anche quello che non c'è, ovvero che ciascuno possa rinvenire sedimentato solo il suo particolare punto di vista. Un simile esito sarebbe, rispetto alla Codificazione, una eterogenesi dei fini posto che essa, a torto o a ragione, sarà il futuro a dirlo, confida e promuove un ideale corale. Come si è detto, un diritto per principi sta e cade sull'alleanza e sulla comunione di chi li applica⁶⁰. E questa esigenza vale tanto di più quanti più sono i principi, quanto più essi sono indeterminati e densi sul piano valoriale.

Sia chiaro che questa non è una professione di scetticismo verso i principi. Al contrario: vale per essi, quello che vale per ogni strumento (concettuale e materiale): la responsabilità di farne un buono o un cattivo uso sta nelle nostre mani⁶¹.

Si mira insomma al bersaglio sbagliato prendendo di mira la indeterminatezza *tout court* dei principi o la loro natura irrimediabilmente valutativa. Infatti, qualsiasi principio lo è; e discutere del grado di maggiore o minore indeterminatezza/carica valoriale di uno o un altro principio è una battaglia sterile, non essendovi nemmeno criteri o strumenti oggettivi di misurazione. Se è vero che la indeterminatezza dei principi riguarda concetti tutti valutativi, qualsiasi gra-

59 Si v., oltre ai contributi citati alle n. 2 e 27, G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 1-24; F. SCIARRETTA, *La clausola di buona fede nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2, 2023, 1-24; B.N. ROMANO, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, in *Nuove Autonomie*, 2, 2023, 765-799; M.L. ANTONIOLI, *Buona fede, affidamento e responsabilità civile della P.A. nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *CERIDAP*, 4, 2023, 1-23.

60 Cfr. G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, Il Mulino, 2022, Parte II.

61 Questo è uno degli insegnamenti del giuspositivismo critico e della meta-etica di U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico* (1971), rist. in ID., *Etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, 179-203.

duazione è qualitativa, non quantitativa: sebbene ci si esprima in termini di più e meno, occorre essere consapevoli che si usano metafore. Peraltro, le accuse d'indeterminatezza eccessiva mosse a un determinato principio o a taluni principi celano sovente altre misure di politica del diritto. Il cuore della discussione non è, quindi, la maggiore o minore indeterminatezza o forza retorica di un principio, etc., bensì il tipo di azioni che si vuole o no mettere in campo. Escludere una scelta o misura concreta, accusando il principio che vi sta dietro di eccessiva indeterminatezza è un'astuzia argomentativa, che non giustifica una soluzione alternativa rispetto a quella rifiutata, né è decisiva per abbandonare il principio contestato. Ciascun principio, per quanto più o meno indeterminato e valutativo, opera in concreto tramite specificazioni in regole, atti, azioni, etc., e questi – in una discussione franca e onesta – dovrebbero essere il terreno di confronto con le soluzioni alternative. Limitarsi a discutere della (maggiore o minore) indeterminatezza dei principi appare spurio essendo inevitabile e non misurabile e rischia di essere uno schermo per nascondere le effettive scelte di contenuto che stanno nella concretizzazione di ciascuno⁶².

D'altra parte, se i principi (da quelli più innovativi di risultato e fiducia, a quelli più tradizionali di solidarietà, buona fede, etc.) fossero davvero così vuoti, come talora sono tacciati d'essere, delle due l'una: o dovremmo concludere di essere immersi in una complessiva illusione regolativa, il che è assurdo; o dovremmo riconoscere che gli stessi critici astutamente sfruttano una indeterminatezza solo apparente, che viene piegata a livello politico-retorico nella direzione da loro voluta. In altre parole, la indeterminatezza di un principio, e vale per tutti quelli enunciati nella Codificazione come per altri, può essere usata come un falso bersaglio polemico che conviene sfatare, per occuparsi di quel che conta: cioè, di come si traduce ogni principio in atto⁶³.

62 Sulla genericità e indeterminatezza dei principi e la loro caratterizzazione pragmatica si v. C. LUZZATI, *Principi e princìpi. La genericità nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2012.

63 Questo vale per tutti i principi, espressi e non. Per comune esperienza, gli uni e gli altri sono generati sia "dal basso all'alto", generalizzando a partire da alcune occorrenze, sia "dall'alto al basso" specificando principi espressi, o altri principi impliciti, più generici. Ambo

3.4 Argomentazione basata sui principi e meta-norme sull'interpretazione

Tra gli ulteriori motivi d'interesse della Codificazione, un discorso a parte merita l'art. 4 che è una meta-norma⁶⁴ – *rectius*, un meta-principio – che dovrebbe regolare l'interpretazione e applicazione delle disposizioni del Codice⁶⁵.

La rubrica parla di 'criterio', anche se, invero, siamo piuttosto dinanzi a una norma-principio avente natura più ricognitiva che prescrittiva.

L'art. 4 dice una cosa ovvia, cioè, che i principi contenuti ai primi tre articoli servono a guidare la interpretazione e l'applicazione delle disposizioni del Codice. Il rilievo non vale a sminuirne la portata, né è una critica. Anche le ovvietà, infatti, hanno la loro importanza.

Sullo sfondo fa eco il dibattito sulla non vincolatività dei principi legislativi. Dibattito, sì sorto in ben altro contesto, epperò forse non definitivamente superato se si è sentito il bisogno di chiarire il contrario⁶⁶.

Dal punto di vista teorico-generale, i principi sono norme poli-funzionali; notoriamente, essi sono in grado di svolgere, e sono usati per assolvere a, una pluralità di funzioni. Tra queste, tipica è quella di costituire linee guida in-

le operazioni sono condotte avendo, consapevolmente o meno, identificato un contesto rilevante, il quale può essere più o meno esteso a seconda delle circostanze (corrispondente a un istituto, un certo orientamento giurisprudenziale, talune prassi, ecc.). In nessun caso, comunque, avvenga "dal basso all'alto" o "dall'alto al basso" il processo è assimilabile alla induzione o alla deduzione logica, né all'abduzione, se intese in senso proprio, come nei rispettivi ambiti elettivi (le scienze naturali o formali). Quando, nei discorsi giuridici, si parla di generalizzazione, deduzione, induzione, abduzione, verificaione, falsificazione, validazione, dimostrazione, ecc. si compie una trasposizione concettuale: si assume un'analogia con il mondo delle scienze e i suoi metodi che è approssimativa e, piuttosto, un ideale normativo. Ciò non significa che il confronto con il modo di procedere delle scienze sia inutile: al contrario, esso fornisce quadri di riferimento comparativi che aiutano a mettere a fuoco le operazioni, cogenti e non, che riguardano i principi.

⁶⁴ Si v. per tutti T. MAZZARESE, *Metanorme. Rilevi su un concetto scomodo della teoria del diritto*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996, 125-158.

⁶⁵ Lo riporto testualmente per maggiore chiarezza: «Articolo 4. Criterio interpretativo e applicativo 1. Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3».

⁶⁶ Per tutti si ricorda l'analisi tagliente e disincantata di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 382-385 che mostra un assai minor favore per questo argomento rispetto alla fama di cui gode oggi.

terpretative-applicative. Si parla anche di argomentazione basata sui principi, vedendo in questi matrici di criteri, canoni argomentativi, etc.. Questo vale per ogni principio, lo si dica o no, lo riconosca o no, il legislatore e/o i giuristi⁶⁷.

Conseguentemente, anche se l'art. 4 non fosse stato scritto, fiducia, risultato e accesso al mercato avrebbero non solo potuto, ma *dovuto* essere usati come principi interpretativi, essendo pur sempre prescrizioni. Sostenere che un principio facente parte di un Codice non abbia o non debba avere alcun ruolo nell'interpretazione-applicazione delle altre disposizioni equivarrebbe a una sua parziale *interpretatio abrogans*. Equivarrebbe a una riduzione della sua portata prescrittiva, ovvero a una disapplicazione, tra l'altro, pressoché sistematica. Un simile atteggiamento tenuto da chicchessia sarebbe illegittimo in uno Stato di diritto in cui tanto conta l'applicazione del diritto vigente quanto la sua non disapplicazione. Non è meno grave, per qualsiasi interprete, disapplicare norme-principi esistenti che applicarne di creati sulla base del suo gradimento. Il tutto, a patto di non fornire buone/migliori ragioni, cioè ragioni tanto forti e robuste da prevalere sulla presunzione di applicazione di ogni prescrizione vigente⁶⁸.

Così, che un principio funzioni anche da linea guida interpretativa, ovviamente, non implica che in ogni caso esso debba essere utilizzato, né tanto meno che debba prevalere su altre linee guida interpretative (derivate da principi legislativi o altrove).

Alla luce di quanto detto, è evidente che l'art. 4, nonostante menzioni espressamente solo i primi tre articoli, non ha portata escludente rispetto agli altri. Vale quanto accennato per l'art. 12, meta-norma, sul rinvio. Pensare che i restanti principi della Codificazione non debbano essere usati per la interpretazione-applicazione delle disposizioni del Codice sarebbe manifestamente assur-

⁶⁷ Si v. B. PASTORE, *Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica*, Padova, Cedam, 2024, 59-110.

⁶⁸ Per un approfondimento, si v. A. ABIGNENTE, *Argomentazione giuridica*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Torino, Giappichelli, 2012, 1-36; E. DICIOTTI, *Le giustificazioni interpretative nella pratica dell'interpretazione giuridica*, in *Etica & Politica*, 2006, 1-29; B. CELANO, *La forza dell'argomento migliore*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 9, 2009, 229-255.

do⁶⁹. Tenendo conto delle gerarchie normative, la menzione dei primi tre articoli e il silenzio sugli altri da parte del quarto conferisce ai primi una maggiore rilevanza a livello espressivo-assiologico.

La Codificazione, incluso l'art. 4, mostra dunque quanto il diritto sia una pratica (sociale) intrisa di valori che dipendono dalle scelte (esplicite e implicite), anche di metodo, di tutti i suoi partecipanti. Il meta-principio dell'art. 4 s'aggiunge a tutta la batteria di principi, canoni o argomenti interpretativi-applicativi comunemente usati. Costituisce una istanza dell'argomentazione basata sui principi che è una tra le più in voga nella cultura contemporanea. Le norme e tra esse, in particolare, i principi incorporano valori strumentali a dati scopi o fini etico-politici, e ciò vale anche per quelle meta-norme/meta-principi metodologici, che dicono *come* si deve interpretare, giustificare, decidere, in conformità al diritto⁷⁰. Queste sono parte integrante e fondamentale del diritto vigente considerato che da essi dipende ogni soluzione.

4. Discrezionalità e pretesa di correttezza

La Codificazione rinnova motivi ricorrenti della teoria contemporanea dei principi. A mo' di chiosa, ci si sofferma brevemente su due soltanto: come si passa dai principi ai casi concreti; la giustificabilità e verificabilità della corretta (*id est*, giustificata) applicazione/disapplicazione.

In via preliminare, giova enunciare tre questioni: (i) cosa sono i principi, *id est* cosa si intende per 'principi'; (ii) quali sono giuridici, sottinteso da un punto di vista giuridico generale; (iii) quali sono i principi in un diritto (ad es., quello italiano)⁷¹.

⁶⁹ In questo caso, assurdo equivale a non giuridicamente corretto sulla base di un'ampia serie di argomenti che non serve snocciolare, essendo d'immediata comprensione per qualsiasi esperto e non di diritto amministrativo o altro settore giuridico.

⁷⁰ Si v. M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, ETS, 2010.

⁷¹ Traggo spunto da M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985, 301-332. Le riflessioni che seguono sono uno sviluppo di quelle embrionali esposte in S. ZORZETTO,

Così procedendo, è più agevole cogliere che quando si ragiona di principi e si opera con essi si presuppone una visione ordinamentale. Qualsiasi teoria, dottrina o accostamento ai principi non può non fare i conti, perciò, con una teoria (e tutti i problemi) degli ordinamenti normativi. Ciò fa sì che ogni questione, discorso e attività che verta sui principi poggi su assunzioni filosofiche più fondamentali.

Intuizioni e visioni dei principi e della giuridicità possono, per certi versi, condizionarsi l'un l'altra e un approccio come quello di questo contributo mira a cogliere questi nessi. Si tratta, come si è visto, di aspetti contingenti, che si devono ad assunzioni e scelte vuoi teoriche, di metodo, vuoi di valore, etiche, politiche, etc. Esse restano normalmente implicite nei discorsi giuridici, e di qui appunto la esigenza di indagarle e portarle alla luce. È infatti a questo livello di premesse inesprese che si generano i disaccordi più e meno profondi⁷².

La circostanza che di regola non si esplicitino i propri punti di partenza non è in sé segno di opacità, o disonestà intellettuale: entro certi limiti, è inevitabile visto come funziona il linguaggio e il mondo. Volendo ricordare un truismo: nessuno dice/scrive sempre tutto ciò che pensa. Le nostre prassi discorsive e vite, se così non fosse, sarebbero molto diverse. Ma ciò non toglie che ci si può impegnare a dichiarare le cose più importanti per comprendere se e quanto davvero si è in accordo o disaccordo. E questo sforzo dovrebbe caratterizzare ogni interprete se si vuole dare attuazione ai principi, in particolare quelli della Codificazione e prestar fede, su tutti, al principio della fiducia.

Si evince da quanto detto che quello di principi (giuridici) è un concetto (giuridico) che, come ogni altro, è anche uno strumento frutto di convenzioni. I significati sia del concetto di principio in generale sia dei principi sono continuamente rideterminati di discorso in discorso, ma pur sempre entro certi limiti. Se infatti si guarda al diritto come una pratica sociale e si considera che non

⁷² Si veda V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, Giappichelli, 2017.

vi sarebbe pratica sociale senza usi comuni, anche i principi concorrono, e non potrebbero non farlo, a preservare un certo tasso di condivisione. In ciò la Codificazione è un emblema di come oggi si faccia leva sui principi a questo scopo fondamentale, attribuendogli una pluralità di funzioni, oltre a quella centrale prescrittiva.

Nel contesto dato, in via ridefinitoria, per 'principio' (generale) si può allora intendere una norma che si assume (i) poter fungere da *buona* ragione, cioè comparativamente *migliore* di altre, mai in assoluto, ma sempre *ceteris paribus*, incorporando valori in un certo qual modo autoevidenti⁷³, che risaldano l'accettazione e (ii) suscettibile, a rinforzo, di una pluralità d'usi-funzioni, ancillari, a livello pragmatico.

Collocare i principi in seno alla giustificazione (ragionamento pratico) spiega vari aspetti della prassi dei principi e anche della Codificazione. Così, non esistono ragioni pratiche in sé e qualsiasi ragionamento è costituito da ideali catene di ragioni variamente componibili, ancorché se ne possa esplicitare una o più isolatamente. Così, i principi si possono snocciolare a uno a uno, ma si tengono l'un l'altro in guise sempre, astrattamente, variabili. Tuttavia, proprio perché qualsiasi ragionamento pratico-giuridico è compiuto in un contesto pragmatico⁷⁴, pur potendosi ipotizzare principi e loro determinazioni purchessia per esercizio mentale, nella pratica queste operazioni si collocano in un ambiente culturale nel quale hanno rilevanza (giuridica) solo talune ragioni tra quelle ricavabili⁷⁵.

Ciò spiega sia le situazioni in cui i principi sono condivisi e, pertanto, appaiono buone ragioni in sé (*i.e.* ragioni conclusive): di qui la loro ovvietà e forza

⁷³ I principi sono norme dotate di autoevidenza di valore nel solo senso che in essi si vede un valore che appare almeno *prima facie* come meritevole di essere accolto, salvo che si portino ragioni contrarie prevalenti. Ciò significa che l'autoevidenza di valore dei principi dipende anzitutto dal grado di coesione e dalla complessità della cultura (giuridica) di riferimento (cfr. M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, cit.).

⁷⁴ Si v. V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012

⁷⁵ Si v. U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. GIANFORMAGGIO-E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1986, 3 ss.

persuasiva; sia le situazioni in cui in una cultura vi è una pluralità di principi riflettenti valori anche incompatibili e in cui quindi sono presenti autoevidenze contrastanti, se non opposte. Le divergenze possono emergere a livello apicale, di scelta tra principi, ma più spesso si generano nelle operazioni interpretative-applicative (a livello di determinazione/specificazione). Ivi restano perlopiù inesprese essendo appunto elementi divisivi.

È dunque fallace la tendenza a considerare i principi, specialmente i più ambigui, vaghi e indeterminati, come capaci di fornire in via automatica risposta univoca a ogni questione generale o singolare. Atteggiamento tanto più spurio quanto maggiori sono ambiguità, indeterminatezza, vaghezza, le quali implicano incremento degli spazi di decisione.

Spostandosi dal piano descrittivo a quello prescrittivo, uno Stato costituzionale di diritto fatto per principi vorrebbe che i discorsi e ragionamenti relativi a essi fossero quanto più trasparenti e consapevoli del fatto che nessun principio può essere impiegato senza compiere scelte, anche di grande portata. La convivenza dello Stato di diritto (con i suoi corollari: separazione dei poteri e rappresentanza democratica) con la inevitabilità della discrezionalità può darsi adottando direttrici metodologiche quali *neutralità* e *carità interpretativa*. Quest'ultima è espressione dei principi, interconnessi, di universalizzabilità e di fiducia, nel senso filosofico accennato. La neutralità non va intesa come assenza di valori-valutazioni. Al contrario, onestà intellettuale e morale richiede di palesare chiaramente le scelte insite nel metodo giuridico⁷⁶. Che ciò avvenga di rado contribuisce a rendere perduranti e insoluti i dibattiti, teorici e pratici, sui principi.

Sopraspedendo, quindi, su fiumi d'inchiostro spesi a vario proposito, importa rilevare quanto il cantiere aperto della disciplina dei contratti pubblici,

⁷⁶ Prendo le mosse dalle istanze etiche di U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Rivista di filosofia*, 1987, 3 ss.

con le sue ricorrenti riforme, e, in particolare, il Codice e la Codificazione esaltino possibilità delineate dagli studi teorico-filosofici.

Guardando ai principi quali espressioni di scopo-valore, s'apre uno spettro di operazioni *de iure condendo* di potenziamento e depotenziamento. Delle due, la prima tendenza appare decisamente dominante, mentre la seconda sembra confinata, sottotraccia, in casi puntuali. Se è vero che in tal modo il pendolo del potere si sposta dal legislativo a vantaggio di altri attori (esecutivo, giudiziario, dottrina, privati, etc.), la mossa può risultare di corto respiro, perché atteggiamenti eccessivamente discrezionali finiscono a lungo andare per indebolire, anziché rafforzare i principi. Rispetto a queste interne tensioni non c'è enunciazione espressa di principio che tenga. Di per sé nemmeno la tecnica di normazione (l'adozione di un codice e la scelta di codificare espressamente principi) offre alcuna garanzia che possano essere stemperate. Come mostrano i commenti della dottrina e le prese di posizione di giudici e funzionari a proposito del Codice e della Codificazione, decisivo è piuttosto lo stile adottato dagli interpreti di fronte ai testi legislativi.

La Codificazione, come si è detto, induce a ripensare a che tipo di norme (prescrizioni) siano i principi (ad es., norme-simboliche, defettibili, valori anche morali, precetti contenenti concetti valutativi, standard assiologicamente sopraordinati, meta-norme fondative, matrici di norme inesprese, e così via)⁷⁷. Si è visto come i principi siano concepiti da Legge e Codice come giammai tassativi, potrebbero, cioè, essere disapplicati senza per questo considerarsi violati. Si tratta di una vera e propria dottrina sull'applicazione volta a legittimare la discrezionalità e che conferisce potere di decidere, stabilendo la *regola del caso concreto*. Usando l'antica formula: *in via equitativa*.

Così ragionando, i principi operano come lampadine a intermittenza: si attivano o disattivano rimanendo quiescenti, con la conseguenza che, essendo

⁷⁷ Queste diverse caratterizzazioni non sono alternative o incompatibili; mettono in luce tratti differenti che a seconda dei principi e dei contesti possono essere più o meno appariscenti o rimanere latenti.

una moltitudine, nel gioco delle luci, la illuminazione può sempre variare di circostanza in circostanza. Senonché occorre un faro di luce minimamente stabile per sapere da dove si viene e dove si va.

Fuori di metafora, se le norme servono a guidare i comportamenti umani e qualsiasi diritto vigente esiste nella misura in cui li regola, una convergenza generalizzata è essenziale e poggia su un certo grado, sia pure minimale, di coerenza di comportamenti e atteggiamenti. Ciò è tanto più vero quanto più un diritto è fatto per principi e quanto più numerosi sono gli attori in campo, a cominciare dalle autorità normative.

Si noti che l'atteggiamento equitativo-particolarista conferma – al pari di quello basato su generalità-universalità – che la pratica giuridica, come ogni pratica sociale avente natura normativa, si basa comunque sul concetto di regola⁷⁸, e i concetti derivati di correttezza, quale conformità alla regola od osservanza, e di errore, quale difformità o inosservanza.

Questo vale anche e, anzi, *a fortiori* per un diritto fatto per principi. L'osservanza, per quanto generalizzata, è solo tendenziale, essendo sempre aperta la possibilità di violazioni, che possono essere puntuali o sistematiche a seconda della tolleranza permessa dalla pratica stessa. Ciò fa sì che chiunque si trovi sempre di fronte a una costante alternativa binaria tra il seguire e il non seguire una regola e, in ogni situazione, non possa che assumere una posizione di osservanza o, viceversa, inosservanza rispetto a quelle rilevanti (tutte quelle astrattamente ricavabili in via di ragionamento).

Peraltro, come emerge dal Codice, anche la coerenza quale conformità alle regole è un fattore interno, per alcuni aspetti, regolato dal diritto e così filtrato dal principio di autorità. Perciò, risulta vera tanto la convinzione che vi siano condotte e decisioni (giuridicamente) corrette/scorrette, cioè, conformi/difformi rispetto al diritto vigente, quanto la convinzione che ciò

⁷⁸ Le si chiami norme, principi, ragioni, o altrimenti, poco cambia in proposito e sarebbe preferibile scongiurare atteggiamenti feticisti nei confronti delle parole.

che conta è, alla fine, avere ragione, se del caso, eventualmente a prescindere dalla correttezza *de iure condito* della condotta o decisione di cui trattasi.

Va anche osservato che la coerenza assume rilevanza diversa, dal punto di vista interno del partecipante, a seconda che si compia una valutazione diacronica o sincronica di casi diversi, oppure si consideri una sola situazione. Mentre, nel primo caso, i diritti vigenti mostrano di essere capaci di assorbire tassi anche elevati d'incoerenza, e semmai occorre dare giustificazione delle incoerenze nel tempo o tra casi coevi⁷⁹; nel secondo caso, incoerenze o contraddizioni interne a un atto, provvedimento, discorso, da chiunque provenga (giudici, funzionari, avvocati, giuristi accademici) sono viste tendenzialmente come un vizio o un errore/una scorrettezza.

Sempre dal punto di vista interno, se, per un verso, incoerenze anche eclatanti, quali quelle dovute a significativi *revirements* giurisprudenziali, appaiono non di rado felici a livello complessivo (perché imprimono comunque direttrici regolative, quale che sia il verso “in avanti” o “indietro”); per altro verso, un eccesso di deviazioni e incoerenze può determinare e/o essere sintomo di una crisi di effettività. In breve: quanto un diritto vigente tolleri incoerenze interne (sincroniche e diacroniche) è una questione di fatto, dipendente dalle condizioni pragmatiche. La presenza di incoerenze rientra nella fisiologia dei diritti vigenti a patto di essere a essa funzionale e circoscritta.

Alla luce di quanto precede, sarebbe affrettato e ingeneroso criticare in via apodittica la prassi di scegliere i principi *à la carte*⁸⁰, ovvero adottare un approccio c.d. «*shotgun*»⁸¹. Questi, che sono stili argomentativi, vanno valutati con-

⁷⁹ È normale, per esempio, il susseguirsi di atti o provvedimenti giudiziari e amministrativi contrastanti perché resi su casi parzialmente diversi, come l'uso, da parte degli avvocati, di difese contraddittorie a seconda delle esigenze delle parti di volta in volta assistite; ed è pure generalmente ammesso contraddirsi in sede dottrinale, rivedendo tesi sostenute in precedenza.

⁸⁰ Cfr. M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, cit.

⁸¹ Vale a dire l'approccio tendente a mettere in secondo piano le questioni di metodo e sfruttare ogni possibile argomento, pur di ottenere il risultato voluto. Cfr. B. LEITER, *Explaining Theoretical Disagreement*, in *University of Chicago Law Review*, 76, 2009, 1215-1250, spec. 1233; F. PERIN SHECAIRA, *Hartian Positivism As a (Plausible) Error Theory*, in *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 5, 2011, 325 ss., spec. 332; M. JORI, *Del diritto inesistente*,

siderando il contesto, per comprendere se e in quale misura siano consapevoli, a quali scopi eventualmente siano votati e quali ne siano le ricadute sul diritto vigente.

Ogni giurista sa bene come le incoerenze possano essere volute e calcolate (perché s'intende sostenere "il tutto e per tutto", "costi quel che costi") o frutto di mera insipienza o sciatteria, come possano rispondere a scopi ammessi o rispondere al solo tornaconto personale di qualcheduno. In proposito si potrebbe riflettere sul grado di opacità/trasparenza e di responsabilità che procedendo secondo questi stili si può inculcare in ciascuno: se, dunque, sia più probabile che non che servano a far emergere o nascondere la discrezionalità insita in ogni caso.

Occorre infatti fare i conti con la circostanza che chi argomenta sceglie sì una delle possibili soluzioni, e lo fa e non potrebbe non farlo pena l'infelicità dell'atto linguistico sostenendo che è l'unica via per la corretta decisione del caso. Sarebbe un errore trascurare che nella pratica si sceglie una delle possibili soluzioni sostenendo che è l'unica non per disonestà intellettuale, ma perché così richiesto dalle regole pragmatiche da cui dipende la felicità e la capacità persuasiva dei discorsi. Ciò vale per tutti: autorità e cittadini. Chiunque, giudici e funzionari, nel prendere una posizione, non possono non pretendere che la propria sia l'unica o la migliore o la più corretta soluzione⁸².

cit., 85. Vale rilevare che, dal punto di vista processuale, in più sistemi, è considerata una pessima tecnica argomentativa, segno di debolezza, che costituisce un vizio e rende inammissibile le difese. Tanto è malvista da essere denominata anche «*kitchen sink*», nozione avente connotazione manifestamente negativa.

82 Sviluppo quanto esposto in via embrionale in S. ZORZETTO, *Principi giuridici e determinazione del diritto. Alcune riflessioni sul contributo di Mario Jori alla teoria e pratica giuridica*, in S. ZORZETTO-A. PINTORE (a cura di), *Studi di filosofia del diritto per Mario Jori*, Napoli, ESI, 2016, 349-378 e ID., *Jueces, juristas y pretensión de corrección. Algunas consideraciones de pragmática jurídica*, in E. SOTOMAYOR TRELLES (ed.), *La teoría y filosofía del derecho en el estado constitucional: problemas fundamentales*, Peru-Puno, Zela, 2019, 69-89. In queste pagine muovo dalle tesi di R. Dworkin e R. Alexy note come *right answer* e *pretesa di correttezza* per mostrare come siano complementari, cogliendo intuizioni di senso comune esplicative della pratica giuridica che, però, nelle indagini filosofiche dei rispettivi Autori hanno finito per essere indebitamente unite ad assunzioni ulteriori (di ordine etico e meta-etico). Cfr. R. DWORKIN, *Judicial Discretion*, in *The Journal of Philosophy*, 21, 1963, 637-638; ID., *No Right Answer?*, in P.M.S. HACKER-J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford,

Infatti, qualsiasi funzionario debba fornire una risposta, emanare un atto, esprimere un parere non può giustificarlo affermando che sarebbe altrettanto corretto pensarla altrimenti, ossia che vi sono altre opzioni/decisioni equi-possibili. Violerebbe palesemente le condizioni minime di felicità del discorso. Analogamente, sarebbe infelice – e giuridicamente viziata per motivazione perplessa o incoerente – la sentenza o il provvedimento che, nel giungere a una data soluzione, affermasse che si tratta solo di una tra le possibili ovvero non di quella più corretta.

Se quindi è inevitabile ragionare in termini di unica risposta corretta o migliore/preferibile, si noti, questo *estende*, e non già riduce, la *rilevanza dell'argomentazione-giustificazione*. Proprio il fatto che nel diritto, le decisioni e gli atti normativi non possano che essere formulati e difesi sotto una *pretesa di correttezza* (idealmente la maggiore possibile) pone l'*onere* di giustificare: *dire perché*. Questo onere dovrebbe essere tanto più forte e rigoroso quanto più è opinabile che effettivamente quella che si vuole dare sia la unica risposta (più) corretta.

Si può aggiungere che sarebbe frettoloso giustapporre l'argomentazione basata sui principi all'argomento del *pedigree* o formalistico o basato sull'autorità del legislatore, se si considera che la pretesa dicotomia tra diritto di fonte formale e per principi non ha ragion d'essere in un panorama in cui le fonti formali a ogni livello, non solo legislativo, consistono di principi.

Inoltre, dal punto di vista interno, la pratica giuridica poggia su, e richiede ai suoi partecipanti (cittadini/funzionari/autorità), due generali disposizioni o atteggiamenti solo apparentemente contraddittori: un *moderato legalismo*, cioè l'aspettativa di poter ottenere giustizia, *i.e.* decisioni corrette secondo diritto; una *moderata ipocrisia*, cioè una generalizzata tendenza a occultare lo *status quo*, nella consapevolezza che non sempre è conforme all'ideale.

Clarendon Press, 1977, 58-84; ID., *Is There Really No Right Answer in Hard Cases?*, in *A Matter of Principle*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1985, 119-145; R. ALEXI, *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2010, 17-36; ID., *Concetto e validità del diritto* (trad. it. F. Fiore, introd. G. Zagrebelsky), Torino, Einaudi, 1997, par. 4.3; ID., *Giustizia come correttezza* (trad. B. Celano), in *Ragion Pratica*, 9, 1997, 103-113; ID., *On the Concept and Nature of Law*, in *Ratio Juris*, 21, 2008, 281-299.

Le intuizioni ordinarie, lette in una prospettiva virtuosa/orizzontale⁸³, ci dicono che chiunque si avvicini a un'autorità (giudiziaria, amministrativa, etc.) si aspetta che si faccia giustizia: si applichi, correttamente il diritto. Analogo discorso vale per le aspettative nei confronti degli altri funzionari, a cominciare dall'apparato esecutivo, ossia dalla pp.aa., dalla quale ci si attendono atti e provvedimenti corretti, vale a dire conformi a diritto, pur essendo sfortunatamente consapevoli del fatto che non sempre le cose vanno così nella realtà. Si noti che la consapevolezza della possibilità (e della effettiva esistenza) di deviazioni rispetto alle aspettative normalmente non è un buon motivo per non tenere ferma la convinzione originaria di poter, alla fine, contare comunque su una risposta corretta da parte della pp.aa. e di ogni altra autorità giuridica. Si parla non a caso di *fiducia nelle istituzioni*.

A livello ordinario, vi è quindi un senso di giustizia che equivale alla conformità al diritto. D'altra parte, quantomeno nel mondo moderno, vi è una diffusa e generalizzata consapevolezza, tra giurisperiti e non, circa il fatto che la giustizia/la conformità di ogni e qualsiasi decisione sia un ideale, in quanto tale irraggiungibile. Tale circostanza non è considerata un motivo per rivedere al ribasso le aspettative, ma al contrario sembra rafforzarle, per cui proprio le violazioni e gli errori costituiscono comunemente un motivo di reazione, per riaffermare l'esigenza di legalità/giustizia.

In definitiva, la correttezza si dà entro una determinata cornice normativa e fattuale, e la sfida sta nella determinazione di quali valori, principi, norme, e fatti sono rilevanti al riguardo, sapendo che la discrezionalità è ineliminabile⁸⁴,

⁸³ Si v. per approfondimenti la valorizzazione dell'accostamento di L.L. Fuller da parte di A. PORCIELLO (a cura di), *L. Fuller, Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, ETS, Pisa, 2016, e ID., *Principi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla giurisprudenza di Lon L. Fuller*, ETS, Pisa, 2016, in ideale dialogo con T. GRECO, *Un boulevard per Lon Fuller*, in *Ordines*, 2, 2018, 257-283 e ID., *Relazioni giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità del diritto*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2014, 9-26.

⁸⁴ Questo aspetto è evidenziato da tempo e moltissimi trasversalmente agli orientamenti. Tra i tanti, oltre a Kelsen, in proposito ingiustamente frainteso e bersagliato, si pensi a Nino, Hart e Raz: cfr. J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *The Yale Law Journal*, 81, 5, 1972, 823-854; H.L.A. HART, *Discretion*, in *Harvard Law Review*, 127, 2, 2013, 652-665. Nondimeno il

come insegnano, tra le altre, semiotica ed epistemologia moderne. Se si considerano i diritti vigenti, ogni controversia non ha sempre una soluzione corretta *iuxta propria principia* e sarebbe pericoloso illudersi che possa darsi illimitata fiducia a che ciò possa avvenire per il tramite dei principi. La pretesa di correttezza è un ideale cruciale al quale tendere, proprio perché la realtà non corrisponde al diritto alexiano o del giudice *Hercules*.

Salvo dunque postulare necessaria equivalenza tra normatività e moralità, i discorsi giuridici, dal punto di vista interno, avanzano sì una pretesa di correttezza, non necessariamente morale. Nella prassi, questa pretesa è arricchita contingentemente e variamente, con preferenze e assunti di ordine anche etico-morale. Sul piano empirico è vero, ma altrettanto storicamente contingente, che i principi siano un veicolo privilegiato e, anzi, oggi, quello prediletto dai giuristi (filosofi del diritto inclusi) per dare (personali) coloriture morali alla conformità al diritto.

5. Neocostituzionalismo principialista e Stato di diritto

Guardando alla Codificazione dei Principi da un punto di vista giusfilosofico, essa esprime una mentalità in cui visioni apollinee-ireniste prevalgono su quelle conflittualiste. Sarebbe tuttavia ingeneroso confinarla a nulla più che eco di un *leitmotiv* dominante la cultura neocostituzionalista principialista⁸⁵. Un tratto di originalità risiede nel considerare ciò il *proprium* del metodo. Vale a dire

pensiero filosofico-giuridico ci si continua ad avvitare con interminabili diatribe su chi abbia detto cosa sulla discrezionalità.

⁸⁵ Parlo di 'neocostituzionalismo principialista' per riassumere, con una crasi, una letteratura che abbraccia oramai quasi tre decenni in cui si confrontano una moltitudine di teorie e dottrine del costituzionalismo e dei principi, e pervasa dalla mai sopita discussione attorno ai modi di concepire il diritto positivo e il giuspositivismo. Meritano menzione anche per la loro lungimiranza le opere di S. POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, in *Doxa*, 21, 1998, 339 ss. e A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. La nozione non implica dunque adesione, né fa riferimento al più specifico dibattito tra costituzionalismo garantista e principialista sorto in collegamento alle tesi di Luigi Ferrajoli.

come qualcosa, non di patologico, bensì fisiologico: più che benefico, necessario.

L'esperimento legislativo sancisce – e nel far ciò alimenta e difende – il neocostituzionalismo dei principi come cultura ambiziosa: la migliore forma di co-produzione normativa, perlomeno, per il momento, ideata e vigente. Questa presa d'atto appare genuinamente realista, sicché appare tanto più utile se si considera che noi tutti siamo immersi in questa cultura, e altrettanto ambiziosi sono, dunque, i modelli che cercano di darne spiegazioni o giustificazione.

Per quanto non vi sia nulla di nuovo o straordinario rispetto ad altre culture del passato e del presente nel fatto di proporre visioni ambiziose, esserne consapevoli non è un cruccio filosofico, bensì precondizione di esistenza. L'*hybris* può facilmente sfociare in crisi irreversibili.

Elemento essenziale per la tenuta del neocostituzionalismo principialista è la *idea di limite* da un punto di vista filosofico-metafisico, come suggeriscono la sua storia e l'idea d'individuo, quale soggetto mondano finito, che ne è sottesa. Emblema ne è, appunto, il principio della fiducia.

Non è un problema, si noti, di limiti verso l'esterno, altri modelli o altre culture⁸⁶.

L'idea di limite svolge una funzione interna, di auto-limitazione e regolazione di tensioni, mai del tutto eliminabili, stante la dimensione umana e mondana dei diritti vigenti e di chi (esseri umani finiti e fallibili), giusteriti e non, sono chiamati a darne attuazione concreta⁸⁷.

86 Incidentalmente, è propria del neocostituzionalismo principialista un'attitudine tendenzialmente universale, valevole per qualsiasi individuo in ogni momento e ovunque nel globo. Ne sono testimonianza, tra le altre, le visioni dei diritti umani, le preoccupazioni per le nuove generazioni, etc. e, da ultimo, il principio di resilienza che è tra i più rilevanti per il diritto amministrativo.

87 In breve: il cuore del problema è la difesa dagli eccessi. Una inclinazione (perversa) del neocostituzionalismo principialista è quella di non prendere sul serio l'idea di limite, coltivando l'ideale illusorio di un'armonia universale dei principi. Questa rischia di essere una china scivolosa il cui esito è esercizio di potere bruto. I principi non possono non essere concepiti se non come limitati e confliggenti e la limitazione e conflittualità è fattore di legittimazione.

Un lucido riconoscimento di quanto precede va di pari passo anche con la consapevolezza che il diritto contemporaneo è anche, fatalmente, un diritto in cui non è mai del tutto chiaro *chi abbia l'ultima parola*. Chi sia l'autorità, vale *rebus sic stantibus* o *ceteris paribus*.

Come emerge dal Codice, l'ultima parola, *l'esercizio del potere di decidere* si colloca in grappoli di principi in cui la chiave di volta sta nel fornire adeguate giustificazioni. Dare ragioni (buone ragioni) è, alla resa dei conti, ciò che consente di distinguere – quantomeno in linea ideale e tendenziale – tra *arbitrio* e *discrezionalità*⁸⁸. Che il confine sia malcerto e costantemente da tracciare è un fatto lo si voglia o no nascondere sotto a ideologie più o meno apollinee e ireniste.

Evocando la celebre fiaba dei vestiti nuovi dell'Imperatore, il Re è nudo: la dimensione del potere s'incontra e si scontra irrimediabilmente con quella della ragione. Un neocostituzionalismo principialista avvertito⁸⁹ si caratterizza per la consapevolezza che il diritto è organizzazione e, se necessario, composizione coattiva di interessi mediata dalla strutturazione di un discorso pubblico; è sì esercizio di poteri (e forza), ma in un contesto di ragioni particolari e universalizzabili. La cultura del neocostituzionalismo principialista trova giustificazione filosofica in una ragion pratica, che è tale entro premesse, non dimostrabili né fondabili, necessariamente limitata. Questa limitazione e, quindi, la diversa possibilità di ragioni impone, per coerenza logica, di *riconoscere le ragioni (ugualmente limitate) degli altri*. In questo contesto il gioco pubblico delle ragioni è decisivo e, con esso, le tecniche di ragionamento e giustificazione.

88 Si v. F. FOLLIERI, *Discrezionalità e interpretazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 3, 2022, 597-624. Usando un'altra coppia concettuale: tra violenza e potere (cfr. per tutti L. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in *Persona e amministrazione*, 1, 2017, 1-41; L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2017, 55 ss. e ID., *Postfazione* alla nuova ed., in *La discrezionalità amministrativa*, Pisa, ETS, 2023, 261 ss.).

89 Che in ciò si pone non in antitesi bensì in continuità con un giuspositivismo critico etico-politico.

Il Codice mostra di farvi largo dando ruolo centrale al potere esercitato nel caso concreto a partire da un *microsistema normativo*, in cui la sequenza di commi e disposizioni intrecciati fa sì che gli enunciati debbano essere considerati tutti insieme. Come si è visto, l'interprete deve fronteggiare dunque un meta-testo normativo con una sistematica inerente alle norme estremamente complessa e caratterizzata da una pluralità di rimandi incrociati, in cui apparenti simmetrie si diluiscono in una varietà di livelli meta-normativi. Non è rintracciabile *un ordine* o *una gerarchia*. Non è dettato un ordinamento di principi a cascata o concatenati secondo una sola direzione ovvero in successione. I principi, concepiti *a grappolo*, sono gli uni in relazione con gli altri secondo *gerarchie assiologiche mobili*.

Questa impostazione ha numerose conseguenze di non poco momento e non è escluso possa innescare un potenziale trasformativo anche e anzitutto sulle tecniche argomentative⁹⁰.

Senza pretese di esaustività, amplia le vie di specificazione, essendovi sempre una pluralità di principi con cui fare i conti in partenza. Estende poi le combinazioni tra le regole-norme derivate, la cui composizione è un passo ineludibile, in sede applicativa, per arrivare a una soluzione. Inoltre, aumenta la possibilità d'individuare ulteriori principi inespressi e di applicarli direttamente. Ancora, dà primario rilievo a uno stile argomentativo, in cui l'argomentazione a partire dai principi finisce per farla da padrona, assumendo forza persuasiva preponderante. Si noti che un'argomentazione basata sui principi – specialmente se numerosi, concepiti “a grappolo”, aventi, ciascuno, proprie caratteristiche

⁹⁰ Si noti che principi a grappolo mal si prestano a bilanciamenti e ponderazioni in senso stretto. Per quanto queste siano formule metaforiche, la bilancia presuppone due piatti (principi) da soppesare, per cui può trovare spazio in presenza di grappoli di principi dopo avere compiuto altre preliminari operazioni di ricostruzione. Un diritto fatto di principi a grappolo, per rimanere sul terreno delle immagini metaforiche, si presta a essere raffigurato più in termini di panarchia che di bilancia. È verosimile prevedere che un simile assetto multilivello intrecciato possa avere risvolti interventisti a tutela degli interessi che, a seconda delle circostanze, saranno ritenuti più meritevoli.

e origini anche notevolmente diverse – equivale, per gli organi che li amministrano, a disporre di un arco con innumerevoli frecce.

La Codificazione dei Principi mostra bene come, rispetto a fenomeni culturali, e il diritto è tra questi, gli aspetti prescrittivi incorporati in ciò che si dice e fa diventino costitutivi dell'oggetto, cioè quanto il *diritto vigente* dipenda, in modo preponderante e decisivo, da cosa la pratica giuridica ritenga di considerare come tale. Il problema, naturalmente, non è terminologico, né di etichette. Il problema posto da una legislazione fatta per principi è piuttosto sostanziale se si ha cuore che lo Stato di diritto resti un ideale e non si traduca in illusoria aspirazione, qualcosa a metà strada tra un sogno rivoluzionario passato di moda e un romanzo di fantascienza per tranquillizzare le coscienze attuali e delle future generazioni⁹¹.

Su quali basi, dunque, una legislazione per principi la cui applicazione è demandata a *officials* (giudici e funzionari) è compatibile con lo Stato di diritto?⁹²

Un primo elemento qualificante è accreditarsi come *una cultura della giustificazione*, intesa alla stregua di una pratica pubblica e trasparente, tra soggetti (dotati e non d'autorità) che si assumono almeno idealmente come aventi pari titolo a dare ragioni. Quanto questo possa rimanere una mera edulcorazione o tradursi in genuina prassi è una *sfida etica: di (auto)responsabilità* per ogni soggetto, investito e non, di poteri pubblici o privati⁹³. In chiave descrittiva, è verosimile che ciascun ordinamento, in ispecie quello italiano vigente, si collochi in un'area di penombra. In chiave prescrittiva, è essenziale perché le sfumature di scuro non prevalgano sull'area chiara che qualunque operatore (e ciascun partecipan-

91 Tra le innumerevoli riflessioni, offrono uno spaccato del punto di vista interno ad es. E. ZAMPETTI, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, ESI, 2023; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Diritto pubblico*, 2, 2019, 549-566 e P. CARNEVALE, *Diritto, normazione e ambiguità*, in *Diritto pubblico*, 2, 2011, 353-390.

92 Cfr. U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in *Rivista di filosofia*, 1989, 461 ss.

93 Si vedano le riflessioni di F. CIARAMELLI, *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, Torino, Giappichelli, 2021 e A. SCHIAVELLO, *L'eterno ritorno del problema del metodo*, in *Etica & Politica*, 2, 2022, 341-363.

te) *voglia avanzare la pretesa di farsi, e si faccia, paladino di una cultura della giustificazione.*

Un altro aspetto saliente, connesso al precedente, è la esistenza di una organizzazione politica e giuridica strutturata, a ogni livello, sistematicamente, sulla base di limiti e contro-limiti, poteri e contro-poteri. Il neocostituzionalismo principialista esalta questa idea⁹⁴ ponendo *maggiori oneri* sulle spalle di *chi si trova più prossimo alla decisione concreta*. Di qui, l'assunzione che non vi può essere Stato di diritto senza pretesa di correttezza/giustizia nei suoi due volti: giustizia generalità-eguaglianza ed equità.

Questa esigenza richiede la (auto-)limitazione giuridica di ogni potere decisorio-autoritativo⁹⁵. Una legislazione per principi la cui applicazione sia demandata a un'aristocrazia di *officials* (giudici e funzionari) è un castello di carta, senza fondamenta salde. A differenza degli edifici, le fondamenta nel nostro caso non sono materiali, bensì ideali: sono tutt'uno con le azioni e i valori di chi li incarna.

Di conseguenza, non c'è e non ci può essere una risposta semplice o univoca al quesito se la Codificazione dei Principi è o non è una buona scelta legislativa, se è o non è preferibile rispetto al non codificare i principi o altre ipotizzabili scelte di *drafting* legislativo. La risposta è che dipende *chi deciderà di volta in volta*, dal suo senso di responsabilità, competenza, etc..

Un approdo simile potrebbe sembrare nemmeno degno d'essere considerato una risposta, o potrebbe suonare comunque un esito deludente o un gesto remissivo per chi anela a certezze.

Assumendo che invece certezze non vi siano, né possano esservi, escludere facili e frettolose ricette di buona legislazione è realismo: una precondizio-

⁹⁴ Già propria del costituzionalismo nelle sue versioni storiche e modelli. Trascorrendo dalle varie versioni del costituzionalismo legalista a quello garantista è evidente che la croce e delizia è la giusta allocazione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, dove a seconda dei casi si limitano o tollerano spinte più o meno attiviste.

⁹⁵ Si v. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 1-21.

ne per la difesa dello Stato di diritto (quale ideale) e per la elaborazione di *esperimenti legislativi* coerenti con questo ideale.

Ogni tentativo di legislazione (assuma o meno il carattere di una riforma) è perfettibile e va valutato in concreto sulla base dei risultati⁹⁶. In proposito il diritto legislativo odierno calca le orme del diritto amministrativo al quale più si deve l'insegnamento precursore per cui la normazione è frutto d'ingegneria istituzionale (pianificazione, monitoraggio e revisione).

⁹⁶ Va compreso *ex ante* quali obiettivi si perseguono, cosa succede *in itinere* e se le aspettative sono confermate *ex post*, considerando esternalità positive e negative. Si parla tradizionalmente di analisi e valutazione d'impatto della regolazione, normazione, etc.