

GUIDO CORSO\*

## Tra legge e fattispecie: la prospettiva del diritto amministrativo

### ENGLISH TITLE

Between Law and Legal Provision: The Perspective of Administrative Law

### ABSTRACT

Judges decide lawsuits connecting a fact or an event of real life to a norm which foresees that type of fact or event in abstract terms. Against this traditional teaching many scholars of civil law think that courts judge today are applying principles, rather than norms: general principles of law or constitutional principles. Therefore they speak of a crisis of facts. The opinion of the author is that the new scheme cannot be applied to administrative law. Administrative powers are subject to the rule of law or principle of legality. Therefore they may be exercised only if a statute confers them to administrative authority, establishing conditions, limits, times and safeguards for the citizen. Direct and exclusive application of principles is not allowed when a dispute occurs between a public administration and a citizen. A decision founded exclusively on principles implies that judges have a power no more subject to legislation. This is why the author doubts that law suits governed by civil law know a crisis of facts.

### KEYWORDS

Principles – Facts – Norms – Administration – Lawsuits.

### 1. CRISI DELLA FATTISPECIE?

Nelle prime pagine del manuale di diritto privato che si usava nei miei lontani anni universitari leggevo che la norma giuridica prevede un fatto dal cui accadere dipende la nascita di un potere o di un dovere – una situazione giuridica soggettiva; e che il tipo di fatto indicato dalla norma prenda il nome di fattispecie astratta, mentre il caso concreto ad essa riconducibile costituisce la fattispecie concreta.

Se vendo un mio bene (l'accordo col compratore è la fattispecie concreta), sorge la mia obbligazione di consegnare al compratore la cosa e di garantirla

\* Professore emerito di Diritto Amministrativo presso l'Università "Roma Tre".

dall'evizione e nasce l'obbligazione del compratore di pagare il prezzo: in conformità con la fattispecie astratta descritta dagli artt. 1321 e 1470 ss. c.c. Quando sorge una controversia fra le due parti – perché il compratore sostiene che la cosa presenta dei vizi che la rendono inidonea all'uso cui è destinato – sarà il giudice a stabilire se la fattispecie concreta possa essere ricondotta alla fattispecie astratta descritta dall'art. 1492 c.c.

Ove il vizio sia accertato, ne consegue la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, o la sola riduzione del prezzo, quando gli usi escludono la risoluzione: sempre che, ovviamente, il vizio sia tale che rende la cosa inidonea all'uso cui era destinata, perché quando tale accertamento manca, la domanda del compratore viene respinta.

In una delle sue prime e rigorose formulazioni questo schema viene costruito come un sillogismo.

Un «precetto ipotetico, ossia condizionato, il quale consta di una previsione (condizione) e di una corrispondente disposizione o statuizione. In essa, vale a dire: a) si prevede in astratto e in generale una data ipotesi di fatto o fattispecie; b) si dispone un correlativo trattamento giuridico. Si statuisce, cioè, che ogni volta si verifichi tale fattispecie, debba aver luogo un determinato effetto»<sup>1</sup>.

La fattispecie è oggi entrata in crisi<sup>2</sup>. E la crisi, secondo Irti, che l'ha segnalata, sarebbe determinata da due ragioni.

Mentre la nozione di fattispecie è legata alla nozione di norma o di regola, e la norma e la regola sono quelle che la legge stabilisce, il giudice decide in base a criteri che stanno sopra la legge: decide non in base alla legge, ma in base al diritto, intendendosi per diritto il complesso delle norme costituzionali. E le norme costituzionali, in linea di massima, sono norme senza fattispecie, non riducibili allo schema ipotetico «se A, allora B»; esse assegnano diritti incondizionati, enunciano principi e regole di convivenza, tutelano interessi e beni collettivi.

C'è di più. Le norme costituzionali, a loro volta, rinviano ai valori, ossia a criteri supremi che si celano o si calano nelle norme costituzionali: mentre le norme (anche le norme costituzionali) valgono se deliberate secondo le procedure proprie dell'ordinamento considerato, i valori valgono in sé e per sé, non poggiano su altre norme, ma si appoggiano soltanto in se stessi.

«Il valore (ad esempio, di solidarietà o della salute o del paesaggio, o di dignità sociale e via seguitando) non ha bisogno di fattispecie, di una qualche figura o descrizione dei fatti, perché vale in sé, e si applica dovunque sia invocato e preteso».

1. E. Betti, 1935, 4; cfr. anche E. Betti, 1994, 8. Il brano è citato da N. Irti, 2016, 21-2. Non molto diversa è la posizione di H. Kelsen, 2000, secondo cui la regola giuridica collega reciprocamente fra loro due elementi.

2. È il titolo del saggio di N. Irti, 2016.

L'altra causa, che si dice aver messo in crisi la fattispecie, è correlata alla prima, o ne è conseguenza. «Le parti non espongono al giudice eventi riconducibili a casi, “stati di fatto contrari al diritto” e perciò destinati al confronto con stati di fatto previsti dal diritto, ma “operazioni economiche”, posizioni esistenziali (il nascere e il morire), intrecci o grovigli di interessi e bisogni e attese»<sup>3</sup>. Questo fenomeno viene guardato con preoccupazione da Irti perché rende il «diritto incalcolabile»<sup>4</sup>. Ad esso guarda invece con entusiasmo un altro illustre civilista<sup>5</sup>.

Al centro dell'argomentazione c'è sempre la Costituzione. La Costituzione impone la rilettura dell'intero sistema del codice civile alla luce del comma 2° dell'art. 3 e richiede che ogni istituto sia considerato in funzione della diversità delle situazioni concrete. La *Drittwirkung* delle norme costituzionali (con riguardo non solo ai diritti inviolabili della persona, ma anche a profili di ordine patrimoniale) cambia le modalità dell'intervento giurisdizionale: la Costituzione non si limita a regolare poteri, ma conforma atti e rapporti, e così spinge il giudice ad applicare direttamente i principi che essa incorpora senza la mediazione della fattispecie<sup>6</sup>. La costituzionalizzazione del diritto, assegnando ad indici di valore non sempre consegnati ad una puntuale enunciazione, i criteri direttivi dell'intero ordinamento, rompe il paradigma classico della precettività riferita ad indicazioni puntuali secondo il modello della fattispecie, «rompe il modello della fattispecie e quindi la (almeno astratta) uniformità che esso implica»<sup>7</sup>; diversifica «le soluzioni in funzione della diversità delle posizioni soggettive»<sup>8</sup>, anche se incontra «le resistenze di una cultura giuridica tutta incentrata sulla logica della fattispecie e quindi insensibile ad un procedimento interpretativo per valori o per principi, incapace di svincolarsi dai binari direttivi di un testo»<sup>9</sup>.

Ovviamente i principi non sono quelli dell'art. 12 delle preleggi né essi possono essere desunti dal sistema delle norme, ma sono i principi enunciati dalla Costituzione, e non soltanto quelli perché la giurisprudenza li trae anche da convenzioni internazionali non ratificate dall'Italia o da leggi costituzionali di Stati terzi<sup>10</sup>.

3. Ivi, 26-9.

4. Ivi, 33 ss. e 107 ss.

5. N. Lipari, 2017 e 2018.

6. Lipari, 2018, 12 e 13; cfr. P. Grossi, 2017a, 2017b, XIII.

7. N. Lipari, 2018, 31-3.

8. N. Lipari, *op. cit.*, Costituzione it., p. 1262.

9. N. Lipari, *op. ult. cit.*, p. 1269.

10. N. Lipari, 2017, 91.

Se questa vera e propria rivoluzione culturale scoppia con la Costituzione, intesa non come un insieme di norme, ma come involucro di valori civili, che, come scrive Irti, si celano o si calano nelle singole norme, non solo il diritto privato verrebbe coinvolto, ma anche il diritto amministrativo dovrebbe esserlo anche perché le leggi amministrative hanno con la Costituzione un rapporto più stretto.

## 2. IL DIRITTO AMMINISTRATIVO E IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Io ritengo che nel diritto pubblico, e in particolare nel diritto amministrativo, le cose stiano diversamente: e, come dirò alla fine, penso che anche nel diritto privato la fattispecie goda tuttora di buona salute. È in salute anche per effetto delle norme costituzionali che, secondo altra prospettiva, ne avrebbero determinato la crisi.

Nel diritto pubblico la legge ha una funzione profondamente diversa da quella che essa svolge nel diritto privato. Nel diritto privato la legge segna un limite esterno alla sfera entro la quale il soggetto esplica la sua autonomia: si tratta, per esempio, di una legge che pone un divieto a carico di un soggetto che *contrae* (per esempio il divieto di interessi usurari, colpiti anche penalmente) o, più spesso, una legge, una norma, che condanna l'atto di autonomia all'inefficacia, immediata o eventuale (artt. 1418-1427 cc.).

All'interno di questa sfera il privato è libero di soddisfare i suoi interessi come meglio crede; ovviamente deve fare i conti con l'altra parte, che tende anch'essa a soddisfare il suo interesse, quando avvia una trattativa, o accetta di negoziare. Ma il privato non deve, entro certi limiti, tener conto degli altri quando esercita un suo diritto assoluto, di proprietà o di libertà. I limiti sono segnati, per quanto riguarda la proprietà, dal divieto di atti emulativi (art. 833 c.c.); e nelle libertà, dalla libertà degli altri, che deve potere svolgersi come la mia.

Nel diritto amministrativo il ruolo della legge è diverso. La legge non segna un *limite* ad una ipotetica sfera di libertà della pubblica amministrazione. La legge è il *fondamento* del potere dell'amministrazione: in assenza di una legge che lo conferisce, il potere amministrativo non può esistere.

Un secolo fa Zanobini scriveva che il privato può fare tutto quello che la legge non gli vieta di fare, mentre la pubblica amministrazione può fare solo quello che la legge le consente o le impone di fare. Oggi Riccardo Guastini dice la stessa cosa. «Negli ordinamenti di tipo liberale, vale per i privati cittadini almeno per ciò che riguarda il diritto penale – il principio di libertà: tutto ciò che non è (dalla legge) espressamente vietato è (dalla legge) implicitamente permesso. La regola per il privato, vige anche nei rapporti amministrativi».

Per l'amministrazione vale il principio opposto. «Tutto ciò che non è (dalla legge) espressamente autorizzato è (dalla legge) implicitamente vietato»: «è questo, appunto, il principio di legalità in senso stretto»<sup>11</sup>.

La ragione di questa diversa funzione della legge nel diritto privato e nel diritto pubblico è evidente.

Il privato non può disporre unilateralmente della sfera giuridica altrui. Perché questa sfera possa essere incisa e compressa, occorre che il titolare vi consenta (il contratto). La pubblica amministrazione esercita invece un potere unilaterale con cui dispone della sfera altrui, la sfera del privato: sicché al privato la legge offre uno scudo delimitando, con l'attribuzione e la competenza, l'ambito del potere amministrativo.

Questa distinzione, che era ben presente ai giuristi del XIX secolo, è oggi resa più netta dalla Costituzione. La Costituzione, senza fare espressa menzione del principio di legalità dell'amministrazione, come fa, ad esempio, la G.G. tedesca, lo presuppone in una serie di articoli. Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge (art. 23); nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge (art. 32, comma 2°); la proprietà privata può essere espropriata solo «nei casi previsti dalla legge» (art. 42); determinate imprese o categorie di imprese possono essere espropriate o riservate originariamente alla mano pubblica, se la legge lo prevede (art. 43); i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge (art. 97); la spesa per alimentare gli apparati pubblici deve essere prevista dalla legge (art. 81, comma 3°); i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101). Nel contrasto tra la legge e un regolamento o tra la legge e un provvedimento amministrativo, è la legge che il giudice deve applicare.

Chi ha tentato di determinare «l'estensione dei settori soggetti a riserva di legge nell'attuale sistema costituzionale» è giunto alla conclusione che è «praticamente impossibile rinvenire una materia che sia, allo stesso tempo, potenziale settore di esistenza e di esercizio di poteri imperativi, e priva di quella particolare garanzia che è fornita, appunto, dalla riserva di legge»<sup>12</sup>.

Sulla stessa linea è la Corte costituzionale. Ci sono «principi generali informatori dell'ordinamento democratico, secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura», ossia il Parlamento (sent. 27 novembre 1998, n. 383). Come se le singole disposizioni della Costituzione, che assoggettano l'attività della pubblica amministrazione al principio di legalità, fossero riassuntive o esemplificative di un principio superiore che le ricomprende tutte.

11. R. Guastini, 2016, 147-8.

12. N. Bassi, 2001, 114-5.

La riserva di legge, che non si distingue dal principio di legalità quando è riserva relativa, se non per una differenza essenzialmente quantitativa<sup>13</sup>, va ben oltre la stessa attività autorizzativa della pubblica amministrazione.

Anche gli studiosi che negano il carattere autoritativo delle concessioni e delle sovvenzioni<sup>14</sup> riconoscono che pure questi atti necessitano di una base legislativa: o perché comportano, come le sovvenzioni, l'esborso di denaro pubblico (art. 81 Cost.) o perché operano in deroga al principio di eguaglianza (come le concessioni di beni pubblici, che producono l'effetto di sottrarre una porzione del bene all'uso generale, consentendo ad un singolo soggetto un uso speciale).

La conclusione è obbligata. Le norme costituzionali che contemplano l'amministrazione o l'attività amministrativa non sono suscettive di diretta applicazione: esse vengono in rilievo sempre e solo in sede di applicazione di una legge ordinaria o di un atto avente forza di legge. E le leggi contengono norme che descrivono fattispecie.

### 3. LA NECESSARIA MEDIAZIONE DELLE NORME DI LEGGE

Il principio costituzionale di legalità – ossia il principio secondo cui non può esserci potere amministrativo che non sia attribuito e disciplinato dalla legge – esclude che nei rapporti in cui è parte una pubblica amministrazione possa trovare *diretta applicazione* la Costituzione, *senza mediazione della legge*. La legge assolve ad una preziosa funzione di garanzia del soggetto privato: essa delinea una fattispecie astratta alla stregua della quale misurare, nei casi frequenti di conflitto, la esistenza del potere amministrativo e la legittimità del suo esercizio. Ed è questa la ragione per cui, nel processo amministrativo, ha un ruolo cruciale, a difesa del privato, la denuncia del vizio di violazione di legge.

Anche se le riserve di legge che riguardano l'amministrazione sono riserve di legge relativa, la legge non può limitarsi a prevedere «una prescrizione normativa in bianco», genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini. La fonte primaria deve, invece, stabilire sufficienti criteri direttivi e linee generali di disciplina, richiedendosi in particolare che la concreta entità delle prestazioni imposte sia desumibile chiaramente dai pertinenti precetti legislativi<sup>15</sup>.

Quello che la Costituzione consacra è «il principio di legalità “sostanziale”», «posto a base dello Stato di diritto»<sup>16</sup>. «Tale principio non consente “l'as-

13. V. Bachelet, 1961, 914.

14. Così, ad esempio, M. D'Alberti, 2017, 327.

15. Così C. cost. sent. 7 aprile 2017, n. 69, che richiama le sentenze n. 84 del 2015 e n. 115 del 2011, tutte sull'art. 23 Cost.

16. C. Cost. sent. 7 aprile 2011, n. 115.

soluta indeterminatezza” del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l’effetto di attribuire, in pratica, una “totale libertà” al soggetto od organo investito della funzione»<sup>17</sup>.

Ai fini del nostro discorso è rilevante il passo che immediatamente segue: «Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell’azione amministrativa»<sup>18</sup>.

Per essersi discostata da questo canone è costituzionalmente illegittima, secondo la Corte costituzionale, la norma, contenuta nel T.U. sugli enti locali, che consente al sindaco, quale ufficiale di governo, di adottare con atto motivato provvedimenti, *anche* contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana.

Il potere di ordinanza può essere esercitato in deroga alle leggi perché il provvedimento è «temporalmente delimitato»<sup>19</sup> e può essere adottato solo nei limiti della «concreta situazione di fatto». Solo così si giustifica una deroga al principio di tipicità del provvedimento amministrativo, in base al quale il provvedimento deve avere un contenuto conforme ad un tipo (autorizzazione, concessione, espropriazione ecc.), mentre l’ordinanza contingibile e urgenza, ammessa per far fronte a situazioni non previste che richiedono un intervento d’urgenza, ha il contenuto che di volta in volta le assegna l’autorità amministrativa.

Il principio di tipicità dell’azione amministrativa, e con esso il principio di legalità di cui il primo è una applicazione, verrebbe violato se il sindaco potesse esercitare il potere di ordinanza, *anche* al di fuori delle situazioni contingibili e d’urgenza: l’indeterminatezza di tale potere, che causa l’illegittimità costituzionale della disposizione che lo prevede, non è compensata dal fine «di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l’incolumità e la sicurezza urbana»<sup>20</sup>. È per questo che la Corte costituzionale cancella della disposizione impugnata la congiunzione «anche».

Se deve indicare «il contenuto e le modalità» del provvedimento con cui il potere va esercitato, la legge non può limitarsi ad attribuire ad una pubblica amministrazione un potere, deve individuare un ente titolare di attribuzioni e un organo munito di competenza, come stabilisce l’art. 97, comma 2° (ora comma 3° dopo la legge costituzionale n. 1/2012); deve indicare i presupposti

17. Così la sentenza citata nella nota precedente, che richiama le sentenze n. 150/1982, n. 307/2003 e n. 32/2009.

18. *Ibid.*

19. Sentenze n. 127/1995, n. 418/1992, n. 32/1991, n. 417/1987, n. 8/1956.

20. Così la sentenza n. 115/2011, par. 4.

per l'esercizio del potere; disciplinare il procedimento per il suo esercizio; regolare gli effetti dell'atto conclusivo che del potere costituisce espressione; indicare, magari attraverso la mera assegnazione di una competenza, l'interesse pubblico specifico che l'autorità deve curare.

La disciplina dello specifico potere risulta il più delle volte dal concorso di più norme: una norma che stabilisce la competenza, una o più che regolano il procedimento, una o più norme che prevedono la possibilità di un ulteriore esercizio del potere in senso opposto a quello originario (autotutela). Più norme e più fattispecie: o, se si preferisce, un unico complesso normativo, talvolta sparpagliato in più testi di legge, dal quale risulta una fattispecie molto complessa.

Si prenda un qualunque schema di provvedimento amministrativo, per esempio il permesso di costruire. Sarebbe semplicistico affermare che esso è (e si esaurisce nel) la fattispecie dell'art. 10 del T.U. sull'edilizia (D.P.R. n. 380/2001). Alla sua disciplina concorrono le norme che distinguono gli interventi edilizi per i quali è sufficiente la cosiddetta SCIA, la segnalazione certificata di inizio di attività, da quelli più complessi, che richiedono l'autorizzazione a lottizzare; concorre la disposizione che assegna la competenza a provvedere al responsabile dello sportello unico comunale; ne fanno parte le disposizioni che regolano il procedimento per il rilascio del permesso, contenute sia nel T.U. sull'edilizia che nella legge generale sul procedimento (legge 241/1990); concorrono le disposizioni che disciplinano i poteri di autotutela e i presupposti per il loro esercizio (artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, legge 241/1990).

Tutto questo non è un capriccio di un legislatore, che ama complicare le cose per rendere difficile la vita al cittadino (tale legislatore, purtroppo esiste, ed è sempre più invadente): la pluralità di norme risponde alla esigenza di garantire il privato (che, proprietario di un terreno edificabile, ha un legittima pretesa ad edificarlo) e di garantire nello stesso tempo l'interesse pubblico all'«*ordinato governo del territorio*». Il privato è tutelato perché la legge indica l'ufficio competente a provvedere (sicché, ad esempio, esclude che il sindaco o l'assessore mi possono negare il permesso), stabilisce l'obbligo dell'ufficio di provvedere nella domanda, fissa il termine entro il quale il procedimento deve essere concluso. L'interesse pubblico è tutelato perché la legge affida al Comune il compito di verificare che la costruzione non contrasti con le prescrizioni di piano regolatore, ossia con le prescrizioni che sono stabilite a monte, mediante cooperazione fra Comune e Regione, per dare al territorio comunale un assetto plausibile.

La fattispecie assolve, ripetesi, ad una evidente funzione di garanzia. Tale garanzia mancherebbe se la decisione – rilasciare o negare il permesso – fosse affidata semplicemente al principio dell'ordinato assetto del territorio, e l'applicazione di tale principio fosse rimessa alla saggezza del sindaco o del diri-



gente, e mancassero le norme che definiscono competenza, legittimazione a richiedere il provvedimento, presupposti per il rilascio, procedimento da osservare. E mancherebbe pure se il giudice amministrativo, chiamato a decidere il ricorso contro il diniego del permesso richiesto dall'interessato o il ricorso contro il permesso proposto dal vicino, dovesse decidere solo in base al principio dell'ordinato assetto del territorio (o in base al "valore" del paesaggio ai sensi dell'art. 9 Cost.). Se così fosse, ci troveremmo, come direbbe Max Weber, in presenza della giustizia del Cadì, e non della giustizia di un ordinamento in cui il potere è (o si presume che sia) «legale-razionale».

#### 4. I PRINCIPI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO: LA GENESI

Il diritto amministrativo è retto da numerosi principi. Non i principi generali del diritto, che pure operano nei rapporti amministrativi, come la buona fede e l'affidamento, ma che hanno un ruolo tutto sommato marginale; ma principi propri del diritto amministrativo. Enunciati dalla giurisprudenza e della dottrina, essi sono stati poi in parte recepiti dalla legislazione e, in parte ancora minore, dalla Costituzione.

Se i principi, come suole ripetersi, sono formulati in proposizioni in cui manca una fattispecie, la loro folta presenza nel diritto amministrativo potrebbe essere addotta a giustificazione della tesi che anche (e soprattutto) nel diritto amministrativo la fattispecie è in crisi.

A mio giudizio, una conclusione del genere è erranea.

E per capirlo bisogna vedere come nascono i principi, o vengono scoperti, in questo ramo del diritto; e come operano i principi, una volta che se ne afferma l'esistenza e il vigore.

La legislazione amministrativa è molto più ampia di quella civile, che ha tuttora il suo centro nel codice civile. Tuttavia, mancano nelle leggi amministrative, o sono mancate sino a pochi decenni addietro, norme generali sugli istituti fondamentali. Abbiamo quindi una disciplina generale del contratto, oltre che dei singoli contratti, contenuta nel codice civile, ma non esiste una disciplina generale del provvedimento amministrativo, che affianchi le leggi che prevedono singole specie di provvedimento (autorizzazioni, concessioni, abilitazioni, sovvenzioni, espropriazioni, sanzioni ecc.). Sicuramente questa disciplina generale non è esistita sino a poco più di dieci anni addietro, quando, con legge 15/2005, è stato inserito nella legge sul procedimento amministrativo del 1990 un titolo sulla invalidità e l'efficacia del provvedimento, e sui provvedimenti di riesame (annullamento d'ufficio, revoca, convalida): ma si tratta di disposizioni che sono ben lungi dall'esaurire il regime giuridico del provvedimento amministrativo.

Per esempio, dall'obbligo di indennizzare l'espropriato, previsto dalla legge fondamentale sull'espropriazione del 1865, si è desunta una generale respon-

sabilità della P.A. da atto lecito, che oggi è prevista espressamente da leggi di settore (dal risarcimento dei danni da vaccinazione obbligatoria, all'indennizzo per l'irragionevole durata del processo). Poiché singoli individui sono danneggiati da atti e comportamenti tenuti nel proseguimento dell'interesse pubblico, essi hanno diritto ad essere risarciti o indennizzati, anche se quegli atti e comportamenti sono incolpevoli.

La legislazione sull'impiego nell'amministrazione dello Stato prevede che l'impiegato non può subire una sanzione disciplinare, se non gli viene contestato l'addebito: il principio viene esteso non solo agli impiegati pubblici diversi da quelli statali, anche se la legge e i regolamenti di settore non prevedono la contestazione all'incolpato, ma anche a tutti i procedimenti sanzionatori, pur al di fuori del rapporto d'impiego. Il principio viene a radicarsi così profondamente nella cultura giuridica che viene poi codificata anche nell'ambito del rapporto di lavoro privato (art. 7, legge 300/1970 – Statuto dei lavoratori).

Singole leggi, che prevedono provvedimenti restrittivi dalla sfera del privato, stabiliscono che essi devono essere motivati.

Anche in questo caso l'obbligo della motivazione viene esteso dalla giurisprudenza a tutti i provvedimenti che producono lo stesso effetto di restrizione della sfera del privato, sebbene la legge di settore nulla dica. Anche in questo caso il percorso è in due tappe; da singole leggi viene tratto un principio generale; e una volta che si è consolidato il principio generale, esso viene calato in una legge (art. 3, legge 241/1990), che ha una portata ancora più vasta perché estende l'obbligo della motivazione a tutti i provvedimenti amministrativi, e quindi anche a quelli ampliativi della sfera del privato.

Ancora. Manca una disciplina generale degli organi amministrativi collegiali, anche se il funzionamento di tali organi è disciplinato dalla legislazione sugli enti locali. Le regole dettate per il consiglio comunale e provinciale vengono allora estese dalla giurisprudenza a tutti gli altri organi collegiali, e anzi sono arricchiti da altre regole che vengono mutate dai codici di procedura civile e di procedura penale, per esempio in tema di astensione dei membri del collegio.

## 5. CONTINUA

Mentre negli esempi richiamati la giurisprudenza ha ricavato i principi traendoli da leggi di settore, in altri casi la genesi è esclusivamente dottrinale e giurisprudenziale.

Ragionando sulla logica degli istituti di diritto amministrativo, giurisprudenza e dottrina hanno da tempo memorabile enunciato, ad esempio, il principio della inammissibilità *ex post* della funzione consultiva. Poiché serve a illuminare l'organo che deve decidere (l'organo di amministrazione attiva),

il parere, quando non è stato richiesto, o pur richiesto, non è stato rilasciato prima che il provvedimento sia adottato, non può essere richiesto e rilasciato dopo, non è ammessa cioè l'espressione del parere in sanatoria.

Altro esempio. Il potere amministrativo di solito non si esaurisce con il suo esercizio (oggi questo assunto viene contestato): se così è, esso può essere esercitato nuovamente, dopo che il provvedimento è stato adottato, ed esercitato in senso opposto a quello originario.

L'annullamento d'ufficio e la revoca non erano previste, sino al 2005 (legge 15/2005 che ha integrato la legge 241/1990), come istituti di carattere generale: sono stati costruiti dalla giurisprudenza e dalla dottrina come principi generali, con l'argomento che l'autorità amministrativa deve curare in modo permanente l'interesse pubblico sicché è ben possibile che in un tempo successivo sorga l'esigenza di dare a un problema amministrativo una soluzione opposta a quella che è stata data prima, l'esigenza di togliere di mezzo un provvedimento, annullandolo o revocandolo.

Anche qui il legislatore è poi venuto a codificare istituti che la giurisprudenza e la dottrina avevano costruito (o legittimato), ragionando per principi. Ma lo ha fatto con dei correttivi, che a loro volta sono il riflesso di altri principi, che limitano l'esercizio dei cosiddetti poteri di autotutela. Che l'autorità, che intende procedere all'annullamento d'ufficio, debba tener «conto dell'interesse dei destinatari e dei controinteressati» (art. 21 *nonies*, legge 241/1990) è una novità rispetto ad un orientamento consolidato, secondo il quale sull'atto illegittimo (e quindi annullabile d'ufficio) il destinatario che ne abbia tratto vantaggio non può fondare alcuna legittima pretesa alla sua conservazione. La legge oggi ci dice, al contrario, che di tale interesse l'amministrazione deve farsi carico, e può annullare d'ufficio il proprio atto illegittimo solo entro un tempo ragionevole. Il decorso del tempo è anch'esso un fatto che conferisce rilievo giuridico all'interesse del privato a che sia mantenuto in vita un atto illegittimo. Nella stessa direzione opera la norma più recente (art. 6, legge 124/2015) che, per i provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici, stabilisce un limite di diciotto mesi, oltre il quale il loro annullamento non è ammesso.

Entrambe le disposizioni sono ispirate al principio, anch'esso di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale (giurisprudenza sia nazionale che europea), del legittimo affidamento del privato; l'aspettativa, che il privato nutre, della stabilità delle determinazioni dell'autorità.

Altro principio. Il potere amministrativo va esercitato in presenza dei presupposti di fatto che la legge indica: l'ordine di demolizione va adottato quando il manufatto è abusivo, la sanzione amministrativa colpisce la violazione di una regola o di un comando, un contributo a una impresa può essere rilasciato, solo se l'iniziativa rientra fra quelle che la legge intende incentivare ecc.

Tutto questo richiede che il provvedimento sia preceduto dall'accertamento dei presupposti, ossia che il procedimento da seguire per arrivare alla decisione includa una fase istruttoria. Dottrina e giurisprudenza hanno elaborato un principio che il legislatore ha poi accolto e articolato nella legge sul procedimento amministrativo: prescrivendo che ogni procedimento debba avere un responsabile, che l'istruttoria sia regolata dal principio inquisitorio, che l'esito dell'istruttoria sia richiamato nelle motivazioni del provvedimento (artt. 5, 6 e 3, legge 241/1990).

#### 6. L'ECESSO DI POTERE, LE COSIDDETTE FIGURE SINTETICHE E I PRINCIPI PRESUPPOSTI

La ricerca di principi comuni a più leggi amministrative di settore, da un lato, ed argomenti fondati nella struttura e nell'azione amministrativa, dall'altro, hanno, spinto dottrina e giurisprudenza ad elaborare principi generali del diritto amministrativo.

Questo processo ha poi una terza fonte.

Le leggi sull'attività e sul processo amministrativo indicano fra i vizi del provvedimento amministrativo l'eccesso di potere. Presa alla lettera l'espressione sembra alludere ad un'autorità amministrativa che va al di là dei limiti del proprio potere<sup>21</sup>: una sorta d'incompetenza rincarata, come ripetono spesso gli studenti universitari cui viene posta la domanda.

Senonché la giurisprudenza ha preso un'altra strada, e ciò immediatamente dopo che la legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (1889) aveva affiancato l'eccesso di potere alla incompetenza e alla violazione di legge tra i vizi che giustificano l'annullamento dell'atto impugnato.

Si ha eccesso di potere quando l'autorità amministrativa agisce per un fine diverso da quello che la legge indica. È l'equivalente dello sviamento di potere, del *détournement de pouvoir*, il vizio dell'atto col quale l'amministrazione «ha perseguito uno scopo diverso da quello che il diritto gli assegna, così che il potere devia dal fine legale per cui gli è stato conferito»<sup>22</sup>.

La deviazione rispetto al fine non viene accertata con una indagine psicologica, come accade nel processo penale per stabilire, ad esempio, se il fatto è stato commesso con dolo (art. 43 c.p.). L'indagine è affidata a elementi obiettivi, che risultano, per esempio, da eventi precedenti (si licenzia un dipendente adducendo motivo di servizio, in realtà per motivi disciplinari), o dalla motivazione del provvedimento (che il ricorrente dimostra essere infondata) o dalla contraddittorietà della motivazione dall'assenza di motivazione (la mancanza e spesso la prova delle impossibilità di giustificare l'atto) o dalla

21. M. S. Giannini, 1988, 750.

22. J. Rivero, J. Waline, 2002, 248.

sproporzione fra il presupposto indicato e la misura adottata (l'ordine di demolizione di una casa per un abuso edilizio minore, commesso solo in una parte dell'immobile) o dal diverso trattamento che è stato riservato in precedenza ad una fattispecie analoga.

La deviazione del fine si coglie in alcuni casi (pochi) immediatamente: nella maggior parte dei casi, invece, essa risulta da «sintomi», le cosiddette figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Col tempo le figure sintomatiche hanno acquistato autonomia rispetto al vizio di cui sarebbero il sintomo (lo sviamento di potere): ed oggi il giudice amministrativo, quando accerta l'esistenza della cosiddetta figura sintomatica, annulla l'atto impugnato, spesso senza menzionare lo sviamento – eccesso di potere.

Una volta che questo processo è avviato, l'area della annullabilità si allarga; viene ad abbracciare la «manifesta ingiustizia», la «disparità di trattamento», l'«illogicità manifesta», la «contraddittorietà con precedenti manifestazioni», l'«irragionevolezza».

Si tratta di una vicenda comune a tutte le esperienze amministrative europee; ivi compresi gli ordinamenti di *common law*, in cui solo più tardi le Corti sono pervenute a sindacare l'*unreasonableness* o l'*abuse of power*<sup>23</sup>.

La cosa che rileva, ai fini del nostro discorso, è la seguente: i «sintomi dell'eccesso di potere», volti in positivo, presuppongono altrettanti principi dell'azione amministrativa, danno luogo, cioè, alla violazione di altrettanti principi. L'imparzialità, la parità di trattamento, l'obbligo di motivazione, la coerenza dell'azione amministrativa, la proporzionalità dell'azione amministrativa, l'obbligo di verificare l'esistenza dei presupposti, la ragionevolezza ecc.<sup>24</sup>.

## 7. COME OPERANO QUESTI PRINCIPI?

Operano in sostituzione della legge? Non potrebbero farlo in forza del vincolo costituzionale alla legalità preso in considerazione nei paragrafi 2 e 3.

Non troviamo mai, in giurisprudenza, un'applicazione diretta ad esclusiva del principio, che prescindendo dalla applicazione della legge che conferisce all'amministrazione il potere di provvedere.

Una graduatoria di un concorso pubblico viene annullata, su ricorso di uno dei concorrenti, non semplicemente perché è stato violato il principio del merito (di cui l'art. 97 u. co. Cost., prescrivendo l'accesso per concorso, costi-

23. T. Endicott, 2018, 239 ss.

24. In M. Renna, F. Saitta (2012) vengono esaminati ben venticinque principi del diritto amministrativo, ai quali vanno aggiunti i principi della disciplina «diritto amministrativo», indagati in M. Mazzamuto, 2012.

tuisce un'espressione), ma perché sono state violate le regole sulla composizione della Commissione, o sull'anonimato degli elaborati, o sul lasso di tempo che deve separare la prova scritta dalla prova orale ecc.; regole che sono stabilite dalla legge, dai regolamenti, dai bandi.

Un vincolo di tutela indiretta, che è posto a protezione di un bene culturale immobile, e comporta l'inedificabilità del bene vincolato, viene annullato non perché l'impone il principio di proporzionalità, ma perché, nell'applicazione dell'art. 45 del Codice dei beni culturali, l'autorità ha adottato, nell'ambito delle misure dirette a evitare che sia messa in pericolo l'integrità del bene culturale, un provvedimento che è sproporzionato rispetto all'obiettivo.

Il tecnico comunale, che rilascia un permesso di costruire al fratello, adotta un atto illegittimo non semplicemente perché in contrasto col principio di imparzialità, ma perché omette «di astenersi in caso di conflitto di interessi» (art. 6 *bis*, legge 241/1990). La norma costituisce una evidente applicazione del principio di imparzialità che è enunciato nell'art. 97 Cost.: ma l'annullamento viene disposto non perché il provvedimento contrasta con un principio costituzionale, ma perché viola una disposizione di legge che del principio costituzionale costituisce applicazione.

Se un contributo in conto capitale, previsto a carico di fondi europei, viene negato a Tizio mentre viene concesso a Caio, che si trova in una situazione analoga o addirittura migliore, il rigetto della domanda viene annullato non per la semplice violazione del principio di parità di trattamento, ma per la specifica inosservanza delle norme del bando e la generica violazione dell'art. 12 della legge 241/1990; una disposizione che, in relazione ai provvedimenti attribuitivi da vantaggi economici, prevede l'obbligo della amministrazione di predeterminare i criteri di distribuzione e l'obbligo di rispettarli, una volta che li abbia stabiliti.

La funzione di garanzia, che la legge assolve filtrando con le sue previsioni (e le sue fattispecie) i principi (anche) costituzionali ai quali è riconducibile, diviene manifesta quando questo filtro viene omissivo. Come accade nella giurisprudenza penale e comunque negli atti dei pubblici ministeri, con cui il pubblico ufficiale viene incriminato perché la sua condotta contrasta con i principi di imparzialità e buon andamento, senza che siano indicate le norme di legge o di regolamento di cui l'art. 323 c.p. richiede la violazione perché l'abuso sia configurabile; o nella giurisprudenza della Corte dei Conti, ove leggiamo di condanne per danno erariale cagionato da provvedimenti dei quali non viene dimostrato la illegittimità (incompetenza, violazione di legge ed eccessi di potere), ma che vengono ritenuti in contrasto con l'art. 97 Cost.<sup>25</sup>.

Non posso che sottoscrivere l'affermazione di Salvatore Mazzamuto, che è riferita al diritto privato, ma che a più forte ragione si attaglia al diritto ammi-

25. Sul punto, F. Merusi, 2017, 44.

nistrativo: «Soltanto vincolando l'influenza dei principi e dei diritti fondamentali attraverso le disposizioni ordinarie, il giurista resta fedele al vincolo del testo – che è poi uno dei presupposti del giuspositivismo, il quale viene inevitabilmente sovvertito dall'applicazione diretta di principi costituzionali, la cui vis efficiente irrompe senza le mediazioni tipiche delle valutazioni sottese alle norme ordinarie, sostanzialmente prevalendo su quest'ultimo livello della giuridicità»<sup>26</sup>.

Aggiungerei che non è solo questione di fedeltà del giurista ai suoi compiti, ma anche, e soprattutto, di garanzia del cittadino contro il pubblico potere.

I principi del diritto amministrativo, anche quelli che hanno un rango costituzionale, forniscono criteri per l'interpretazione delle norme di legge, servono alla selezione della interpretazione più aderente al valore che il principio incorpora, e alla valutazione della fattispecie. Non sostituiscono le norme, ma ne presuppongono il vigore<sup>27</sup>.

Come scriveva Salvatore Pugliatti ottant'anni fa, «di regola, le norme hanno applicazione diretta mentre i principi si applicano indirettamente, insieme colle norme e attraverso le norme: vale a dire, non trovano applicazione autonoma, ma adempiono alla loro funzione operando come motivi ispiratori e verificatori delle norme giuridiche»<sup>28</sup>. Il passo prosegue così: «Quando però non si rivengono le norme applicabili al caso concreto e invano si ricercano norme regolanti così simili o materie analoghe [...] si tende a mettere in luce quei principi che avrebbero potuto ispirare e tuttavia non hanno ispirato norme concrete applicabili al caso in questione e i principi trovano applicazione diretta, alla stessa guisa delle norme».

#### 8. E IL DIRITTO PRIVATO?

Non ho le competenze necessarie per addentrarmi nel dibattito sorto fra i civilisti a proposito dei rapporti fra fattispecie (o caso) e principi.

Mi limito ad alcune considerazioni da profano.

Partiamo dai casi che vengono addotti come prova del tramonto della fattispecie e della applicazione e applicabilità diretta dei principi.

Con la sentenza n. 1946/2017 le Sezioni Unite danno un seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013.

La Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7°, della legge 184/1983 nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non volere

26. S. Mazzamuto, 2016, 280.

27. *Ibid.*

28. S. Pugliatti, 2010, 767.

essere nominata [...] – su richiesta del figlio, ai fini di un eventuale revoca di tale dichiarazione. Il figlio, la cui madre al momento del parto aveva chiesto di non essere nominata, è stato adottato da una coppia ed aspira a conoscere l'identità della madre; e chiede che essa venga interpellata per sapere se intenda oggi mantenere l'anonimato o manifestare al figlio naturale la sua identità.

Una pronuncia del genere, «additiva solo di principio», «rimette al sua stessa efficacia a un successivo intervento del legislatore, in assenza del quale il Tribunale dei minori non potrà muoversi»<sup>29</sup>.

Secondo la Cassazione, che prende atto della perdurante inerzia del legislatore, è possibile reperire nell'ordinamento, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata, dati che permettono l'esercizio del diritto, con l'utilizzo dei diversi protocolli adottati dai Tribunali che hanno ritenuto di dar corso alla richiesta del figlio di interpellare la madre<sup>30</sup>.

Il secondo caso riguarda l'adozione del figlio convivente da parte dell'altro componente della coppia omosessuale, riconosciuta ammissibile dalla Corte di Cassazione (sent. n. 12962/2016) sebbene negli stessi giorni la Camera dei deputati avesse respinto l'emendamento volto ad ammettere la cosiddetta *stepchild adoption*<sup>31</sup>.

Un terzo esempio è offerto da Cass. S.U. n. 16601/2017 che ha riconosciuto la figura dei cosiddetti danni punitivi con l'argomento che la responsabilità civile non serve solo a restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, ma ha anche una funzione sanzionatoria dell'autore dell'illecito<sup>32</sup>.

Un'ultima pronuncia che viene citata a sostegno della immediata applicabilità dei principi è dovuta alla Corte costituzionale.

Il codice civile attribuisce al giudice il potere di ridurre la penale manifestamente eccessiva (art. 1384 c.c.), ma non quello di ridurre la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva (art. 1385): sicché, in caso di inadempimento del contratto, la parte adempiente ha comunque il diritto di ritenere la caparra anche quando l'importo di questa sia sproporzionato rispetto ad un inadempimento che può essere dovuto a giustificato motivo.

Con l'ordinanza n. 77/2014 la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2° c.c. poiché il giudice remittente non ha tenuto conto dei margini di intervento a lui riconosciuti di fronte ad una clausola che regola gli opposti interessi in modo non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. Egli avrebbe

29. G. Amato, 2015, 79.

30. Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2017, n. 1946, "Foro it.", 2017, I, 477 con note a sentenza di G. Casaburi, N. Lipari e G. Amoroso. In senso critico, R. Pardolesi, G. Pino, 2017. Per una lettura entusiastica, N. Lipari, 2018.

31. Ivi, 18.

32. Ivi, 20.



dovuto, invece, rilevare d'ufficio la nullità della clausola (art. 14318 c.c.) «per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa»<sup>33</sup>.

Ciascuna delle quattro pronunce meriterebbe un commento (e difatti sono state diffusamente commentate, e in vario modo, dagli studiosi).

Nel primo caso (Cass. 1946/2017) il giudice, in presenza di una sentenza additiva di principio della Corte costituzionale, rimasta senza seguito legislativo, ha fatto applicazione di un principio che, attraverso la declaratoria di incostituzionalità, era entrato nell'ordinamento, ha colmato una lacuna con una tecnica che non è diversa da quella prescritta dal tanto bistrattato art. 12 delle preleggi, sull'interpretazione dalla legge.

La sentenza emessa nel secondo caso (ha riconosciuto ammissibile all'adozione del figlio convivente da parte dell'altro componente della coppia omosessuale) oscilla tra il riempimento di una lacuna col ricorso ai principi generali del diritto e l'introduzione per via giudiziaria di un precetto *contra legem*.

Quanto alla controversa questione della ammissibilità, nel nostro ordinamento, dei cosiddetti *punitive damages*, non mi sento in grado di pronunciarmi, anche se l'assegnare all'art. 2043 c.c. il compito di punire l'autore del danno oltre che di risarcire chi lo ha subito mi sembra in contrasto con la lettera della legge. Si tratterebbe, comunque, dell'interpretazione dei termini «danno ingiusto» che, al di là della forzatura, è in linea con la funzione dell'ermeneutica giuridica di assegnare un significato alle parole contenute nelle norme.

Il quarto esempio (la riduzione della caparra confirmatoria da parte del giudice) costituisce, a mio avviso, una vistosa alterazione del meccanismo per la rilevazione dell'illegittimità costituzionale di una norma perché attribuisca al giudice *a quo*, che dovrebbe limitarsi a rimettere la questione alla Corte costituzionale, il compito di accertare direttamente l'illegittimità costituzionale: nel nostro caso l'illegittimità di una norma, che è una delle tante espressioni dell'autonomia privata. Quanto al ricorso abusivo, sempre più frequente, al principio di solidarietà ex art. 2 Cost., non ci vuol molto a capire che esso non può trovare applicazione ai rapporti tra due soggetti che sono portatori di interessi confliggenti, come sono il debitore e il creditore.

L'interpretazione costituzionalmente orientata, alla quale si rimanda per giustificare simili esiti interpretativi, impone di scegliere tra più interpretazioni possibili di una norma, quella che è più in linea con la Costituzione: ma non autorizza sicuramente il giudice a sostituire la norma che più gli piace a quella che il legislatore ha stabilito<sup>34</sup>.

33. Cita adesivamente l'ordinanza P. Grossi, 2017a.

34. Cfr. le persuasive considerazioni di M. Luciani, 2016.

A prescindere dal giudizio che si può dare sulle singole pronunce ricordate, mi pongo una semplice domanda. È possibile, sulla base di sentenze che riguardano situazioni eccezionali o quanto meno singolari, fondare una diagnosi di crisi della fattispecie e plaudire a questo evento perché così vengono applicati direttamente i principi costituzionali?

O non dobbiamo piuttosto tener conto del 99 e passa per cento delle controversie nelle quali il giudice è chiamato a stabilire se il caso prospettato da chi agisce (la fattispecie concreta) sia riconducibile alla fattispecie astratta prevista dalla norma invocata o invece non lo sia anche per le ragioni addotte dal convenuto? È stata stilata una statistica che consenta di concludere che la fattispecie è in crisi?

L'efficacia diretta o orizzontale dei principi costituzionali viene dato per scontata: sicché questi troverebbero applicazione non mediata né necessariamente mediata dalle norme di legge ordinaria.

La dottrina e la giurisprudenza costituzionale tedesche, alle quali vengono attribuite la *Dritt – oder Horizontalwirkung* delle norme costituzionali, sono molto più caute. «Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale costituzionale federale, le norme dei diritti fondamentali contengono non solo diritti di difesa soggettivi dell'individuo verso lo Stato, ma incarnano parimenti un ordine di valori oggettivi (*objektive Wertordnung*) che vale, come decisione fondamentale costituzionale, per tutti gli ambiti del diritto, e dà direttive e impulsi alla legislazione, all'amministrazione e alla giurisdizione»<sup>35</sup>.

Nel dibattito fra la tesi dell'efficacia orizzontale indiretta (*mittelbar*) e quella dell'efficacia orizzontale diretta (*unmittelbar*) il Tribunale costituzionale federale si è schierato decisamente con la prima. I diritti fondamentali influenzano l'interpretazione del diritto privato come «decisioni assiologiche», «norme oggettive» o «valori»: la influenzano «concretizzando» le clausole generali del diritto privato, ma resta fermo che le norme di diritto privato restano norme di diritto privato, e i diritti e i doveri fondati su di esse rimangono diritti e doveri privatistici<sup>36</sup>. Efficacia diretta o immediata è riconosciuta solo alle norme della G.G. che prevedono l'applicazione di istituti di diritto privato: come l'art. 9 par. 3 sulla libertà di associazione che dichiara nulli gli accordi che tentano di limitare o escludere il diritto di formare associazioni per la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni economiche e del lavoro<sup>37</sup>.

Proviamo ora a fare applicazione della *Drittwerkung* delle norme e dei principi costituzionali nell'ordinamento italiano. Si può sostenere che tutte le norme e tutti i principi costituzionali, dettati per regolare i rapporti tra l'indi-

35. BVerfGE 29,1 (citato da R. Alexy, 2012, 556).

36. Ivi, 560.

37. Così P. Badura, 2016.

viduo e lo Stato (il complesso delle istituzioni) operino anche nei rapporti interprivati?

Si pensi al principio di eguaglianza. Esso vincola il legislatore (art. 3, 37, 48, comma 2°) e la pubblica amministrazione (sotto forma di principio di imparzialità, art. 97). È pensabile che esso viga anche nei rapporti fra privati? È pensabile che io, tra due persone che vogliono comprare una cosa mia, sia tenuto a trattarle allo stesso modo (per esempio vendendo a chi mi offre un euro di più dell'altra) o non ho, invece, il diritto di vendere a chi voglio io, anche se una mi offre meno dell'altra, e di preferirla per la semplice ragione che mi è più simpatica? E l'autonomia privata non implica una libertà che può essere esercitata discriminando fra i possibili contraenti?

La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme (art. 47). Questa norma mi impedisce di accettare l'offerta dell'acquisto di un mio gioiello da parte di colui che in questo modo intacca gravemente i suoi risparmi?

Poiché la Repubblica tutela le famiglie numerose (art. 31) e quindi incoraggia la natalità, sono io tenuto a fare molti figli?

Bastano questi esempi per dimostrare che una *Drittwirkung* dei principi costituzionali, presa alla lettera, può avere implicazioni gravemente illiberali. Come scrive Alexy, «la relazione Stato/cittadino è una relazione tra il titolare di un diritto fondamentale e il non titolare di un diritto fondamentale. La relazione cittadino/cittadino, al contrario, è una relazione tra titolari di diritti fondamentali»<sup>38</sup>.

Ecco perché non possono essere estese a questa seconda relazione le regole che sono proprie della prima relazione e sono dettate in funzione di difesa contro un potere soverchiante.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALEXY Robert, 2012, *Teoria dei diritti fondamentali*. Il Mulino, Bologna.  
 AMATO Giuliano, 2015, *Corte costituzionale e corti europee*. Il Mulino, Bologna.  
 BACHELET Vittorio, 1961, «Legge, attività amministrativa e programmazione economica». *Giurisprudenza costituzionale*: 904 ss.  
 BADURA Peter, 2016, *Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*. C.H. Beck, München.  
 BASSI Nicola, 2001, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*. Giuffrè, Milano.  
 BETTI Emilio, 1935, *Diritto Romano*. Cedam, Padova.  
 ID., 1994, *Teoria generale del negozio giuridico*. ESI, Napoli.  
 D'ALBERTI Marco, 2017, *Lezioni di diritto amministrativo*. Giappichelli, Torino.  
 ENDICOTT Timothy, 2018, *Administrative Law*. Oxford University Press, Oxford.

38. R. Alexy, 2012, 559-60.

- GIANNINI Massimo Severo, 1988, *Diritto amministrativo*. Giuffrè, Milano.
- GROSSI Paolo, 2017a, «La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3: 831-46.
- ID., 2017b, «Presentazione». In G. D'Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento*, IX ss. Giuffrè, Milano.
- GUASTINI Riccardo, 2016, «Legalità». In G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, 147 ss. Il Mulino, Bologna.
- IRTI Natalino, 2016, «La crisi della fattispecie». In Id., *Un diritto incalcolabile*, 21 ss. Giappichelli, Torino.
- KELSEN Hans, 2000, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Einaudi, Torino.
- LIPARI Nicolò, 2017, *Il diritto civile tra legge e giudizio*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2018, «Il diritto civile delle fonti ai principi». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1: 5-39.
- LUCIANI Massimo, 2016, «Interpretazione conforme a Costituzione». In *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. IX, 391-476. Giuffrè, Milano.
- MAZZAMUTO Marco, 2012, «I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto». In M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativi*, 3-40. Giuffrè, Milano.
- MAZZAMUTO Salvatore, 2016, «Giurisprudenza per principi e autonomia privata». In S. Mazzamuto, L. Nivarra (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, 275-84. Giappichelli, Torino.
- MERUSI Fabio, 2017, «I principi di diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo "eccesso di potere amministrativo"». In G. Pizzinelli (a cura di), *Passato e presente del Diritto amministrativo. Liber Amicorum in on. di Alberto Massera*, 44 ss. ESI, Napoli.
- PARDOLESI Roberto, PINO Giorgio, 2017, «Post-diritto e giudice legislatore, sulla creatività della giurisprudenza». *Il Foro Italiano*, 3: 113-6.
- PUGLIATTI Salvatore, 2010, «Gli istituti di diritto civile» (1943). In *Scritti giuridici*, II, 1937-1947, 767 ss. Giuffrè, Milano.
- RENN MAURO, SAITTA FABIO (a cura di), 2012, *Studi sui principi del diritto amministrativi*. Giuffrè, Milano.
- RIVERO Jean, WALINE Jean, 2002, *Droit Administratif*. Dalloz, Paris.