

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

2014

numero speciale

I PRINCIPI NELL'ESPERIENZA GIURIDICA

Atti del Convegno

della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza

Roma, 14-15 novembre 2014



JOVENE EDITORE

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Paolo Ridola - Giuseppe Santoro Passarelli - Luisa Avitabile - Nicola Boccella - Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Andrea Di Porto Antonio Fiorella - Laura Moscati - Cesare Pinelli - Leopoldo Tullio

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Giovanni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Peter Häberle (Bayreuth) - Erik Jayme (Heidelberg) - Natalino Irti (Roma) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Gilberto Lozzi (Roma) - Alessandro Pace (Roma) - Mattia Persiani (Roma) - Fabrizio Ramacci (Roma) - Jerome H. Reichman (Durhan) - Pietro Rescigno (Roma) - Stefano Rodotà (Roma) - Alberto Romano (Roma) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

v *Presentazione*

RELAZIONE INTRODUTTIVA

- 3 SERGIO BARTOLE
*I princìpi generali fra due convegni (1940-1991), dall'ordinamento
statutario-fascista all'ordinamento repubblicano ed alle sue aperture
sovranazionali*

RELAZIONI GENERALI

- 33 ANTONIO JANNARELLI
*I princìpi nell'elaborazione del diritto privato moderno:
un approccio storico*
- 77 GUIDO ALPA
I princìpi generali. Una lettura giusrealistica
- 121 UMBERTO BRECCIA
Princìpi: luci e ombre nel diritto contemporaneo
- 193 AUGUSTO CERRI
*Riflessioni aperte sulle origini e sul ruolo dei princìpi nell'esperienza
giuridica*
- 209 ANTONIO GAMBARO
La dinamica dei princìpi: due esempi ed una ipotesi

RELAZIONI DI SETTORE

- 229 ENZO CANNIZZARO - AURORA RASI
I princìpi generali nell'esperienza giuridica transnazionale

- 247 VINCENZO CERULLI IRELLI
Sul principio del legittimo affidamento
- 265 ENRICO DEL PRATO
I princìpi nell'esperienza civilistica: una panoramica
- 279 MARCO D'ALBERTI
Peripezie della proporzionalità
- 299 CARLO ENRICO PALIERO
I grandi princìpi del diritto nell'esperienza giuridica: laicità, sussidiarietà
- 315 ANDREA PANZAROLA
L'evoluzione dei princìpi nel processo civile
- 335 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile
- 355 GIUSEPPE TERRANOVA
I princìpi e il diritto commerciale
- 401 GIANLUIGI TOSATO
I princìpi generali di diritto e l'integrazione europea. Brevi riflessioni sistemiche

COMUNICAZIONI

- 411 PASQUALE BRONZO
Il 'principio dispositivo in tema di prova' nel processo penale
- 425 FULVIO COSTANTINO
Il principio di semplificazione
- 449 LUCA DI DONNA
Il principio di responsabilità nel settore dei beni e dei servizi
- 465 ALBERTA FABBRICOTTI
Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO)
- 475 ALFREDO MOLITERNI
La trasparenza amministrativa: recenti tendenze e prospettive future
- 511 GIOVANNA MONTELLA
Il Service public come principio in Duguit e Hauriou

PRESENTAZIONE

Nel secolo scorso, i maggiori incontri fra giuristi sui principi del diritto si tennero all'Università di Pisa nel 1940 e all'Accademia dei Lincei nel 1991. In quelle pur diversissime occasioni, la scienza giuridica italiana riuscì a fare il punto sul tema, attestando lo stadio delle elaborazioni allora rispettivamente raggiunto, nonché ad offrire contributi che avrebbero influito in misura cospicua sulle vicende dell'ordinamento.

Nello scorso ventennio i principi hanno formato oggetto di rinnovata fortuna teorica e di sviluppi cospicui nell'esperienza, in riferimento alla loro collocazione nel quadro delle fonti e dei criteri regolativi dei singoli ambiti disciplinari, come alle modalità di individuazione e alle dinamiche che presiedono alla reciproca interazione.

È parso opportuno dedicare al tema un convegno di studi, che grazie all'apporto di eminenti giuristi e alla convergenza di differenti prospettive specialistiche consentisse di mettere a fuoco linee di tendenza, portata problematica e funzioni dei principi del diritto. Lo testimoniano, crediamo, gli atti che ora vengono raccolti, e che potranno a loro volta stimolare ulteriori elaborazioni su questo momento dell'esperienza giuridica.

Mario Caravale

Cesare Pinelli

RELAZIONE INTRODUTTIVA

I principi generali fra due Convegni (1940-1991),
dall'ordinamento statutario-fascista
all'ordinamento repubblicano
ed alle sue aperture sovranazionali

Sergio Bartole

1. Premetto che interpreterò con una certa libertà il tema assegnatomi dagli organizzatori di questo interessante incontro, nel senso che, prendendo le mosse dal Convegno pisano del 1940, andrò oltre il termine finale del Convegno dei Lincei del 1991. Pur limitando la mia trattazione agli aspetti rilevanti della elaborazione dottrinale del tema dei principi, e lasciando quindi ad altri la disamina di quella che è definita la dinamica dei principi (come si formano, come si sviluppano e come si collegano), ritengo di non poter restringere l'analisi agli anni antecedenti al 1991, giacché importanti contributi si sono avuti successivamente a quell'anno, per cui è difficile mettere al mio discorso un limite temporale così remoto nel tempo. Ovviamente, anche se non analizzerò la dinamica dei principi, non potrò non dare conto delle considerazioni dottrinali sviluppatesi sulla base della casistica in cui quella dinamica si rispecchia.

Parliamo di due Convegni convocati per intenti diversi e ad una notevole distanza di tempo. Diversi sono, quindi, i contesti storici in cui quei Convegni sono stati organizzati, e di questa diversità ovviamente risentono, ad un'analisi comparativa, sia l'iniziativa presa dalla Facoltà di giurisprudenza e dalla Scuola di perfezionamento nelle discipline corporative dell'Università di Pisa, da un lato, che dall'Accademia dei Lincei, dall'altro lato. La prima ebbe evidenti obiettivi di politica del diritto, mentre la seconda ha avuto impostazione e carattere decisamente scientifici, anche se i principi si erano trovati – dopo l'avvento della Costituzione – al centro del dibattito politico.

Il Convegno di Pisa prende le mosse dalla discussione in corso nell'Italia fascista di allora, ispirata – come rammenta il Preside della Facoltà pisana di giurisprudenza nell'introduzione al volume degli Atti¹ – dal «proposito manifestato dal ministro guardasigilli Grandi –

¹ FUNAIOLI, *Premessa* in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, V.

in occasione del Rapporto tenuto il 31 gennaio 1940 dal Duce alle Commissioni per la riforma dei codici – di portare all’approvazione del Gran Consiglio i principi generali dell’ordinamento giuridico fascista». La proposta di Grandi sollevava dubbi e perplessità in quanto, secondo Vezio Crisafulli², la dottrina del tempo qualificava come principi soltanto quelli inespresi e, quindi, vedeva l’idea di un documento scritto di principi espressi con un qualche disagio. Ovviamente il disegno politico finiva per avere la prevalenza sulle ragioni della sistematica dottrinale, ed è perciò che a Pisa il dibattito ebbe immediati riflessi operazionali *de iure condendo*, in rapporto diretto con l’adozione del nuovo codice civile, ma anche in una prospettiva che investiva l’*identikit* complessivo dello Stato fascista. Nel 1940 il problema della identificazione del concetto e della valenza normativa dei principi generali veniva strettamente collegato all’interrogativo sulla convenienza o meno di procedere ad una loro formulazione scritta ed alla conseguente loro enunciazione in un atto formale: a Pisa il tema della identificazione dei principi doveva essere affrontato anzitutto per dare una risposta alla questione della loro adozione in forma scritta ad opera di un atto formale di un’autorità di governo.

Le motivazioni politiche che animavano il dibattito consigliavano i partecipanti all’incontro pisano di non condizionare la trattazione della proposta politica a più o meno condivise elaborazioni dommatiche, e perciò non ci si deve stupire se prevalse a larga maggioranza l’orientamento favorevole ad una espressa formulazione dei principi generali dell’ordinamento giuridico fascista. In effetti, vi fu chi, con molto realismo, diede per scontata la stretta dipendenza della dottrina giuridica «quale elaborazione di secondo grado» dai «pronunziati dell’organo massimo in cui si concentra e si esprime tutto il pensiero, non solo quello legislativo, del movimento, il Gran Consiglio del Fascismo»³. Se «il diritto, per sua natura, è determinatezza e certezza», la ragion d’essere, l’utilità e la funzione pratica della enunciazione dei principi generali sembrano a quegli autori evidenti⁴. Biggini affermava, ad esempio, che regimi e rivoluzioni non sopravvivono se

² CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico fascista*, in *Studi*, cit., 175 ss., 190 ss.

³ PANUNZIO, *Principi generali del diritto fascista (contributo alla loro determinazione)*, in *Studi*, cit., 1 ss., 18.

⁴ PANUNZIO, *ivi*, 17.

non fissano in norme esplicite la propria ideologia, ad un tempo raccogliendo e razionalizzando le preoccupazioni del Partito Nazionale Fascista e manifestando evidente diffidenza per eventuali incursioni del potere giudiziario in materia di principi⁵, laddove con la formulazione espressa dei principi conveniva renderne la conoscenza «più certa e sicura»⁶. Analogo intento ritroviamo in Perticone, il quale anche negava al giudice il potere di agire come avanguardia del legislatore, traducendo in sentenza gli orientamenti politico-legislativi⁷, nella convinzione che il suo orientamento si iscriveva nella linea della tradizionale diffidenza di chi in un *enlargement* dei poteri dei giudici vedeva le premesse di una rottura della separazione e divisione dei poteri.

Ma altri, come Lucifredi, diffidava di elaborazioni pratiche e dottrinali che avevano in sostanza l'obiettivo di legare le mani al «legislatore fascista»⁸, mentre, con atteggiamento meno arrendevole verso le posizioni dei rappresentanti del regime, Grosso reputava ineludibile il ruolo di coordinamento del giudice⁹. Del resto, non tutti condividevano l'idea che i principi potessero essere qualificati come norme giuridiche. Maggiore, ad esempio, rinnovando la diffidenza non solo operativa per le enunciazioni di principio, che già aveva ispirato la dottrina nei confronti delle analoghe dichiarazioni dello Statuto trattate alla stregua di enunciati di mero rilievo politico, sosteneva che un principio generale non può essere una norma di diritto positivo scritta o estraibile dalla vigente legislazione con un processo di crescente generalizzazione. Ne potevano risultare soltanto «nozioni universali sì ma vuote e vaghe»¹⁰. E, però, ragionava con palese e prevalente attenzione ai principi inespressi anzitutto.

L'odierno lettore non può sottrarsi all'impressione che il dibattito sviluppatosi a Pisa sia risultato molto confuso, e caratterizzato da

⁵ BIGGINI, *Dei principi generali dell'ordinamento giuridico fascista (contributo alla loro formulazione)*, in *Studi*, cit., 381 ss., 383.

⁶ BIGGINI, *op. cit.*, 395.

⁷ PERTICONE, *Sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, in *Studi*, cit., 75 ss., ma già prima 65 ss.

⁸ LUCIFREDI, *In tema di principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, in *Studi*, cit., 137 ss., 160.

⁹ GROSSO, *Principi generali dell'ordinamento giuridico o dichiarazione politica*, in *Studi*, cit., 343 ss., 348.

¹⁰ MAGGIORE, *Sui principi generali del diritto*, in *Studi*, cit., 83 ss., 86.

un certo provincialismo, con l'unica eccezione del contributo, ancor oggi valido ed istruttivo, di Vezio Crisafulli. Aldilà del comune obiettivo politico, mancò un atteggiamento scientifico credibile, e non sono poche le contraddizioni riscontrabili anche all'interno dei singoli contributi. Ad esempio, Maggiore contraddittoriamente affermava, smentendo precedenti preoccupazioni, che non contrastava con i principi di uno Stato assoluto, quale quello fascista, il riconoscimento al giudice del compito di interpretare la coscienza del popolo, posizione, questa, che, in contraddizione con scelte dell'ordinamento giuridico italiano dell'epoca, richiamava tratti del folklore giuridico del regime tedesco nazista, ove tuttavia l'osservanza del *Führerprinzip* si interponeva fra giudici e popolo. Si collocava, invece, in una posizione intermedia Emilio Betti, rivendicando alla scienza giuridica l'individuazione dei principi immanenti alla legislazione ed assegnando al legislatore l'identificazione dei principi programmatici¹¹, così introducendo una distinzione che era destinata a perdere in tempi più recenti ogni pratica rilevanza, e non traeva certo vantaggio dalla letterariamente elegante ma operativamente poco significativa precisazione del suo autore che i principi sono connotati da «un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia)»¹².

Come puntualmente osserverà in seguito, e proprio nell'occasione del dibattito linceo, Luigi Mengoni, siffatte posizioni culturali risentivano dell'ingenuità dell'antico insegnamento che l'interpretazione di un testo normativo scritto si risolve nella mera ed automatica traduzione in norma dell'enunciato delle disposizioni senza dare spazio all'intermediazione ermeneutica di coloro che quel testo sono chiamati ad applicare¹³. Ha pertanto centrato il cuore della discussione chi – come Crisafulli¹⁴ – intendendo determinare in termini convincenti il concetto dei principi generali del diritto ha ritenuto di prendere le mosse dall'interrogativo se accanto ai principi inespressi, sui quali – come si è detto – si concentrava tradizionalmente una

¹¹ BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Studi*, cit., 321 ss., 323-324.

¹² BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 316.

¹³ MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Atti dei Convegni Lincei - I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 317 ss., 318.

¹⁴ CRISAFULLI, *op. cit.*, 175 ss., 190 ss.

parte della dottrina, fossero anche concepibili principi espressi. Il che avrebbe attribuito maggiore credibilità alla prosecuzione del dibattito aperto dal Ministro Guardasigilli, al tempo stesso consentendo di utilizzare un *identikit* condiviso dei principi sia per tradurre in enunciati linguistici il risultato della ricostruzione interpretativa dei principi inespressi che per orientare la formulazione legislativa di quelli espressi. Non aiutava la riconduzione dei principi a modelli giusnaturalistici, come non aiutava la ricordata mancanza di chiarezza della dottrina in materia di enunciati di principio dello Statuto albertino¹⁵, ai quali un orientamento diffuso attribuiva natura di dichiarazioni politiche, quindi disconoscendo loro una qualche rilevanza normativa e confidando agli strumenti dell'ispezione parlamentare la garanzia dei diritti in essi previsti¹⁶.

Prendendo espressamente posizione a favore della coesistenza di principi espressi ed inespressi, Crisafulli inconsapevolmente apriva la strada della ricerca costituzionalistica all'analisi ed alla qualificazione degli enunciati di principio così largamente presenti nell'allora futura Costituzione repubblicana.

Ma di questo si dirà in seguito, per intanto ricordiamo che, partito con l'intento di contribuire al dibattito in corso, liberandolo dall'esclusivo riferimento alla disciplina dell'interpretazione analogica e per principi, Crisafulli arrivava alla conclusione che i principi fossero norme alla stregua dei precetti di dettaglio. Ne risultava accresciuta la responsabilità di chi, come Panunzio, auspicava l'inserimento in Statuto di principi di carattere politico fascista¹⁷, e parallelamente ne veniva ridimensionato il peso delle suggestioni delle dottrine del diritto naturale. Ma anzitutto venivano messe in discussione le modalità di utilizzo operativo di norme che per la generalità dei loro disposti si caratterizzano per riassumere potenzialmente il contenuto di un numero indeterminato di norme particolari. All'identificazione della struttura dei principi non poteva non seguire l'interrogativo sulla loro applicazione, fatto più pressante dall'assenza di un puntuale riferimento ad una determinata, puntuale fattispecie utilizzabile

¹⁵ Sul punto vedi BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, 15 ss.

¹⁶ Vedi per indicazioni CHELI, *La libertà di associazione*, in ISAP, *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, s.d., *passim*.

¹⁷ PANUNZIO, *op. cit.*, 24.

in vista delle necessarie operazioni di sussunzione. Al quesito Crisafulli rispondeva assegnando all'interprete il difficile compito di colmare il distacco fra l'indeterminatezza propria dei principi e la concretezza della vita reale¹⁸. Egli, dunque, non condivideva con alcuni dei partecipanti al dibattito pisano la diffidenza nei confronti dei giudici, di cui pareva urgente ripensare il ruolo in uno con una rimediazione della tradizionale dottrina dell'interpretazione giuridica. Forse della necessità di questi potenziali svolgimenti non tutti si resero conto allora, ma il ruolo degli interpreti ne veniva ridisegnato nella misura in cui ad essi si attribuiva il compito di arrivare, da un lato, in via induttiva all'individuazione di norme a contenuto generale (e non di meri programmi politici o di soli criteri di interpretazione) partendo da quelle particolari, e di determinare, dall'altro lato, a quali fra le norme generali spettasse quella primarietà di posizione che spetta ai principi e ne autorizza l'utilizzo per ricavarne – anche senza l'intermediazione legislativa – discipline di dettaglio.

Come si intuisce si trattava di problemi e di soluzioni per intanto soltanto intuite e presentate in forma approssimativa, la cui attualità si sarebbe riproposta al momento dell'entrata in vigore della nuova Costituzione repubblicana. Anche le pagine di chiusura del saggio vanno in questa direzione, nella misura in cui, soffermandosi sulla funzione programmatica dei principi, Crisafulli sottolineava il ruolo che il legislatore era chiamato a svolgere in prospettiva nomodinanica, in assenza del cui intervento restava aperta – come alla prova dei fatti il nostro Autore dovrà prendere atto – l'altra e diversa alternativa di interventi diretti giudiziali. Ma nel nuovo contesto storico sarà più facile quel ripensamento scientifico di cui si è fatta parola con riguardo al ruolo dei giudici ed ai modi di produzione del diritto.

2. La sintetica rassegna dei principali interventi svolti al Convegno pisano ha consentito di evidenziare i problemi di maggiore rilevanza che lo studio dei principi generali ci chiede di affrontare. Si è visto in particolare che, dalla tendenziale assimilazione dei principi espressi ed inespressi alla distinzione delle norme principio dalle altre norme giuridiche, dalla loro pratica applicazione ai fatti della vita alla relazione fra gli stessi principi e l'attività legislativa, tutti i temi

¹⁸ CRISAFULLI, *op. cit.*, 235-236, 238-239, 251-252.

così individuati rimandano ad alcune più ampie problematiche, del cui approfondimento non si è potuto e non si può fare a meno, se vogliamo cogliere l'effettivo impatto della discussione sui principi sulle dottrine e teorie del diritto costituzionale, e viceversa. Al centro della nostra attenzione viene anzitutto a porsi il tema della interpretazione del diritto, cui inevitabilmente si raccorda l'antica questione del rapporto fra creazione del diritto, diritto e funzione giurisdizionale. Che ha implicazioni scientifiche, ma anche politico-istituzionali.

In effetti, quando si arriva a concludere che fra i principi vanno annoverati sia quelli inespressi che quelli espressi, si assegna all'interprete ed al giudice compiti nuovi che la vecchia dottrina trovava difficoltà a percepire. Ed abbiamo visto che nel dibattito pisano molte sono state le voci levatesi a sollevare perplessità e dubbi al riguardo. Lasciando da parte i discorsi più strettamente legati ai presupposti della dottrina fascista, interessa qui fare cenno delle questioni sollevate con riguardo al rapporto fra concezione statualista e legalista del diritto e ripensamento della funzione giurisdizionale alla luce delle dottrine del positivismo giuridico. Come abbiamo ricordato, alcuni partecipanti al dibattito pisano mostravano di credere che la prospettiva di un *enlargement* del ruolo dei giudici contrastasse con la stessa concezione dello Stato di diritto, che non avrebbe consentito l'apertura di spazi alla discrezionalità degli interpreti in funzione di una creazione giudiziale del diritto.

Forse già una più matura riflessione sull'insegnamento di Santi Romano avrebbe giovato a guardare a modalità innovative di produzione del diritto: si pensi alle pagine dedicate da Crisafulli alla formazione non scritta e non volontaria dei principi istituzionali¹⁹, il cui riconoscimento doveva comunque rientrare nei compiti di qualcuno, giudici inclusi. Ma se si fosse superata la dimensione di un certo provincialismo si sarebbe anche dovuto tener conto di un generale orientamento che, con affermazione a noi più vicina nel tempo, Norberto Bobbio²⁰ avrebbe sintetizzato parlando di «una cultura giuridica sempre più sensibile all'opera creativa del giudice». Certo il mandato al giudice di farsi direttamente portavoce di una ipotetica coscienza e volontà popolare metteva in discussione la continuità

¹⁹ CRISAFULLI, *op. cit.*, 186.

²⁰ BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, XIII, Torino, 1976, 887 ss., 889.

dell'osservanza dei principi dello Stato di diritto che, pur con tanti ritardi e remore, aveva caratterizzato l'ordinamento del Regno d'Italia. Ma si poteva dire altrettanto di ogni orientamento dottrinale volto ad offrire ai giudici spazi di individuazione ed interpretazione dei principi dell'ordinamento giuridico? Si apriva così una guerra al positivismo giuridico, oppure la riconduzione dei principi alla categoria delle norme poteva trovare collocazione nel quadro di un approfondimento della tradizionale impostazione culturale dei nostri giuristi, nonostante le frequenti manifestazioni di dissenso di cultori del diritto privato inclini ad escludere dal novero delle epifanie normative i principi generali del diritto?

Era poi vero che riconoscere agli organi esercenti funzioni giurisdizionali il potere di concorrere alla creazione del diritto contrastava con il tradizionale positivismo dei giuristi italiani? Aveva senso ricostruire la funzione giurisdizionale muovendo dalla disciplina dei motivi di ricorso in Cassazione o dalle regole di impugnazione giudiziale degli atti amministrativi, quando l'autore che per lungo tempo ha costituito un punto di riferimento del positivismo italiano, cioè Hans Kelsen, ha sempre ritenuto che la giurisdizione concorra alla creazione del diritto? In fin dei conti, l'osservazione di Bobbio era contestualizzata proprio nell'ambito di una riflessione sul positivismo giuridico. Del resto, lo stesso Crisafulli sembrava tener conto dell'insegnamento del Maestro del positivismo giuridico quando, restando sul terreno operativo, osservava che anche in presenza di disposizioni scritte resta il margine di incertezza della norma²¹. Pure da questo punto di vista un ripensamento appariva necessario ed urgente.

Se letta in tale prospettiva sembra veramente fuori dal tempo la censura di Betti²² a Crisafulli, accusato di essere uno spirito conservatore per aver sostenuto che «i principi sono le norme, scritte e non scritte, dalle quali logicamente derivano le norme particolari (anche queste, scritte e non scritte) e alle quali, inversamente, si perviene risalendo da queste ultime». Se è ormai comunemente accettato che «i principi generali sono norme»²³, e che il loro principale tratto distin-

²¹ CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, 195 ss., 207.

²² BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 311.

²³ BOBBIO, *op. cit.*, 890.

tivo va rintracciato, appunto, nell'elemento funzionale anziché in quello quantitativo del grado di generalità²⁴, risulta evidente che il problema dell'utilizzo e dell'applicazione dei principi può trovare soluzione solo nel quadro del più generale discorso sull'interpretazione del diritto. L'apporto essenziale degli interpreti è fuori discussione quando, da un lato, si tratti della individuazione delle norme principio, ricavabili – quando implicite – in via induttiva dalla legislazione vigente, o – quando istituzionali – individuabili con una ricognizione degli assetti istituzionali dello Stato, ovvero determinandone il potenziale normogenetico – quando esplicite – attraverso un'opera di ricostruzione sistematica. Dall'altro lato, posto che una norma è tanto più generale quanto maggiore è il potenziale numero delle fattispecie di applicazione²⁵, e l'individuazione dei principi inespressi si risolve comunque nella formulazione in via interpretativa, ed a fini pratici, di enunciati di struttura generale²⁶, quell'apporto è altrettanto indispensabile allorché si tratta di individuare, in relazione con il caso di specie, la regola cui dare applicazione. Ma percorrere ambedue queste vie non comportava l'abbandono del canone della legalità da molti ricondotto ai principi del positivismo giuridico, in quanto il lavoro dell'interprete era destinato ad essere portato avanti nel contesto dell'ordinamento dato e nell'esercizio di una funzione integrativa dall'ordinamento prevista ed ad esso assoggettata.

La rimediazione del ruolo degli interpreti e dell'*identikit* della funzione giurisdizionale avrebbe trovato nuova ed ulteriore occasione negli anni a venire con l'avvento della Costituzione, cui si addebitò di avere sovrabbondato nell'enunciazione di norme programmatiche, che proprio Crisafulli ricondusse alla categoria dei principi ragionando di disposizioni costituzionali di principio²⁷. Ma in quello stesso torno di anni un contributo fondamentale venne, anche in conseguenza – come vedremo – della giurisprudenza della Corte costituzionale, da una compiuta elaborazione dell'analisi dei rapporti fra disposizione e norma. Ne è derivata la possibilità di meglio percepire il ruolo creativo dell'interprete e di avere contezza del *quid*

²⁴ MENGONI, *op. cit.*, 317.

²⁵ GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, 114.

²⁶ GUASTINI, *op. cit.*, 122.

²⁷ CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, *passim*.

novi che questo introduce nell'ordinamento anche nei casi in cui con troppa facilità si fa appello al canone per cui *in claris non fit interpretatio*. Si è detto che i principi «nella loro generalità superano ogni singola applicazione, e nella loro virtualità indefinita non si captano né si esauriscono in specifiche formulazioni», così mettendo in discussione sia il profilo ascendente che quello discendente delle relative operazioni ermeneutiche²⁸. È un'affermazione pericolosa in quanto trascura troppo facilmente il peso che nel tempo assumono le decisioni interpretative già adottate e, quindi, le formulazioni in cui si sono manifestate le già intervenute operazioni di identificazione dei principi ovvero quelle volte a ricavare da questi ultimi le regole da applicare ai casi della vita. In particolare, va respinto l'implicito rifiuto di dare il dovuto ascolto alle preoccupazioni che sempre più inducono gli studiosi ad assegnare ai precedenti giudiziali una rilevanza che ne fa quanto meno il punto di partenza di nuove operazioni interpretative nell'ambito di casistiche analoghe o ad esse riconducibili²⁹. Pare opportuno ricordare che l'insegnamento della casistica giurisprudenziale e il suo incorporamento in una visione sistematica dell'ordinamento sono proprio i fattori che circoscrivono ed indirizzano il ruolo dell'interprete, riconfigurandone l'apporto creativo. È vero che – come diceva Crisafulli adottando un approccio definitorio strutturale – i principi implicano il riferimento ad una «serie indeterminata di ipotesi, ciascuna suscettibile di essere assunta a formare altrettante fattispecie diverse»³⁰, il che può renderne impervia l'identificazione ed utilizzazione. E, però proprio in questa prospettiva assume, al tempo stesso, importanza fondamentale l'approccio funzionale, giacché esso evidenzia il momento dell'innovazione che consente di ricondurre sotto lo stesso principio i fatti più disparati della vita.

3. In effetti, l'impianto della Costituzione poneva all'interprete immediati problemi operativi nella misura in cui ai suoi precetti era tenuto ad ispirarsi per governare il passaggio dal vecchio regime prima statutario, e poi fascista, al nuovo regime repubblicano. Per

²⁸ BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 311.

²⁹ In proposito BARTOLE, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza: il caso del diritto costituzionale*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2013, 107 ss., 118 ss.

³⁰ CRISAFULLI, *Per la determinazione*, cit., 236.

quali strade bisognava dare attuazione a quei precetti, tenuto anche conto del fatto che per molti di essi si riproponeva la questione dell'utilizzo dei principi generali del diritto, di cui Crisafulli nel suo contributo pisano aveva sottolineato le impegnative difficoltà? La sollecitazione a ritornare sull'argomento trasse origine dall'atteggiamento assunto da larga parte della giurisprudenza intorno alla questione dell'applicabilità ai fatti della vita di quelle che venivano definite norme programmatiche, e Crisafulli, in un contributo *ad hoc*, definiva – con maggiore precisione – disposizioni costituzionali di principio. Se anche quelle norme si caratterizzavano sotto il profilo strutturale come norme a contenuto generale ed indeterminato, la loro implementazione *magis ut valeat*³¹ richiedeva il riconoscimento ai giudici di poteri corrispondenti all'esigenza funzionale, in vista dell'esigenza di rapportarsi al caso di specie nel contesto di una serie indeterminata di fattispecie diverse. Le reazioni dei giudici non dovevano giungere inaspettate a chi conosceva, da un lato, la diffidenza degli organi giurisdizionali nei confronti dei principi dello Statuto³², e il già ricordato atteggiamento del pari sospettoso della dottrina tradizionale, in specie di matrice privatistica, che guardava con diffidenza al ricorso dapprima ai principi del diritto richiamati dal Codice civile del 1865, e poi ai principi generali dell'ordinamento secondo quanto previsto dal Codice civile del 1942. Il fatto è che, inventata la categoria delle norme costituzionali programmatiche, si arrivò ad escluderne ogni applicazione diretta, rinviando a successivi interventi legislativi l'implementazione delle prescrizioni costituzionali. Così, delle quattro funzioni – interpretativa, integrativa, direttiva, e limitativa – assolute dai principi secondo la classificazione proposta da Norberto Bobbio, solo quella direttiva trovava attenzione e conservava attualità, e per di più a senso unico, cioè con riguardo alla sola legislazione entrata in vigore successivamente all'avvento della Costituzione, con esclusione, dunque, di possibili eventuali effetti retroattivi sulla legislazione antecedente.

Tale atteggiamento restrittivo poteva interessare anche l'applicazione del secondo comma della VII d.t. della Costituzione, se ad esso si fosse riconosciuta più consistente rilevanza, ed avrebbe potuto avere riflessi anche all'atto della instaurazione dell'organo di giustizia

³¹ CRISAFULLI, *La Costituzione*, cit., *passim*.

³² BARTOLE, *La Costituzione*, cit., 21 ss.

costituzionale, precludendo in un caso e nell'altro il sindacato di legittimità delle norme precostituzionali. L'ordinamento repubblicano correva così il rischio di risultare spaccato a metà in due plessi normativi di diverso orientamento ed ispirazione, diviso, dunque, tra la sopravvivenza e la persistente operatività di norme derivanti da un potere estinto, da un lato, e l'estraniamento dai fatti della vita delle nuove norme costituzionali, confinate alla sola programmazione della legislazione ordinaria futura, dall'altro lato³³. Le norme prepubblicane sembravano destinate a trovare applicazione senza risentire dei nuovi indirizzi di regime, le norme costituzionali non potendo sostituirsi ad esse per la struttura stessa del loro dettato, e nel contempo restando escluso *ratione temporis* il sindacato di costituzionalità nei loro riguardi.

Per superare il blocco che così veniva a determinarsi, due strade erano percorribili, e cioè, da un lato, conveniva aprire la strada dell'utilizzo generalizzato delle norme c.d. programmatiche da parte della Corte costituzionale all'atto della sua entrata in funzione e, dall'altra parte, delineare i termini di un utilizzo di quelle norme nell'attività giurisdizionale (ed amministrativa) corrente, in funzione integratrice ed interpretativa della legislazione previgente³⁴. Il che riproponeva in una diversa prospettiva l'interrogativo sulla attuale estensione ai rapporti intersoggettivi delle disposizioni di principio, seppure in connessione con le leggi in vigore, ora per integrarne il contenuto nel rispetto delle indicazioni costituzionali ora per dare ad esse una interpretazione compatibile con i nuovi orientamenti costituzionali.

Le scelte di Crisafulli a tale riguardo sono significative, in quanto con anticipo ripropongono un tema che – come si è già ricordato – negli anni a venire egli sviscererà con molta attenzione, quello del rapporto fra l'interpretazione del testo della legge e la norma, tema, questo, che chiaramente coinvolge una nuova riflessione sull'*identikit* della funzione giurisdizionale, ma trasferisce già questo discorso sul terreno dell'esercizio della funzione stessa. Accantonata per un momento, per le ragioni che si sono dette, la pro-

³³ MORTATI, *Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova, 1958, 103 ss.

³⁴ CRISAFULLI, *La Costituzione*, cit., 38 ss., 68 ss.

blematica della programmaticità dei principi, il nostro Autore ha preso atto con molto realismo della circostanza che le norme prepubblicane, anche se indubiate di incostituzionalità, vedevano protratta la loro vigenza, da un lato, per l'assenza di una qualsiasi forma di attuazione legislativa dei nuovi precetti costituzionali e, dall'altro lato, dalla inapplicabilità diretta ai rapporti della vita delle nuove norme costituzionali di principio, di cui la giurisprudenza ordinaria aveva anzi la tendenza ad estendere il numero³⁵.

In assenza della giustizia costituzionale e di riforme adottate dal Parlamento, vengono a scaricarsi in capo ai poteri giurisdizionale ed esecutivo le responsabilità di assicurare una prima osservanza delle norme di principio. A tale risultato è possibile arrivare, secondo Crisafulli, facendo leva sui margini di discrezionalità che vanno riconosciuti sia alla pubblica amministrazione che agli organi giudiziari. Il suggerimento è quello di utilizzare le norme costituzionali di principio in chiave interpretativa o integrativa della vigente legislazione, allorché su quest'ultima gravino dubbi di incostituzionalità. Si tratta, in sostanza, di assumere le norme costituzionali quali direttive sostanziali (non dunque meramente metodologiche) di interpretazione, ovvero di assoggettare al vincolo da esse discendente le scelte dell'interprete. Per quanto Crisafulli ragioni al riguardo di efficacia indiretta delle norme costituzionali da molti definite programmatiche (e, quindi, destinate ad orientare il solo lavoro del legislatore), è difficile negare che con il loro contenuto prescrittivo le norme di principio confluiscono con la legislazione vigente ad individuare la norma in concreto applicabile al rapporto della vita di cui si controverta. Invero, se tale norma è il risultato di un'operazione interpretativa, se ne ricava che si tratta di norma risultante dalla combinazione della interpretazione di due disposizioni diverse, da un lato quella legislativa della cui costituzionalità si dubita e, dall'altro lato, la disposizione costituzionale. Si tratta evidentemente di un *quid novi* addebitabile all'opera dell'interprete, ma è appunto questo il risultato che si vuole perseguire andando oltre la legislazione vigente ed assicurando ai precetti costituzionali una prima e, però, minimale osservanza.

³⁵ Si ricordino i contributi di BALLADORE PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro padano*, 1954, IV, 33 ss., e CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in VALIANI, DE ROSA, CALAMANDREI, BATTAGLIA, CORBINO, LUSSU, SANSONE, *Dieci anni dopo 1945-1955*, Bari, 1955, 209 ss.

Questa ricostruzione è accennata nelle conclusioni del contributo linceo di Pizzorusso³⁶, il quale, da un lato, sottolinea che «i principi generali vengono ad operare più propriamente come dei “frammenti di norme”, destinati ad integrarsi con gli ulteriori materiali normativi che verranno prodotti da una diversa fonte», e, dall'altra parte, vede confermata nei risultati di questa convergenza la possibilità che i principi «possano concorrere alla produzione degli effetti normalmente propri delle norme giuridiche». Ma queste affermazioni hanno già alle spalle più di quarant'anni di giurisprudenza della Corte costituzionale ed appartengono, quindi, ai tempi conclusivi della nostra storia, che è stata del resto – come si dirà – profondamente segnata dall'avvento della Corte costituzionale.

A dire il vero i primi anni della giurisprudenza del giudice del sindacato di costituzionalità videro una concentrazione dell'attenzione sulla funzione direttiva delle norme costituzionali di principio, conformemente alla previsione di Mortati già in Assemblea Costituente che, una volta ammesso un controllo di costituzionalità, quelle norme avrebbero potuto avere per effetto l'invalidazione di quelle di dettaglio di fonte ordinaria che contrastino con le loro direttive³⁷. Con la sua prima sentenza (1/56) la Corte costituzionale aveva escluso che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti possa mutare a seconda che si tratti di leggi ordinarie anteriori o posteriori a quelle costituzionali. Era una scelta a favore della unitarietà dell'ordinamento, nel senso che principi e norme della più diversa provenienza anche temporale erano destinati a convivere ed a fare sistema, con la conseguente prevalenza dei primi, se di fonte costituzionale. Le nuove direttive costituzionali non potevano non conformare di sé l'intero ordine giuridico dello Stato, che sarebbe risultato diviso e spaccato ove si fosse scelta una diversa ed opposta soluzione. Il che non implicava disconoscimento della peculiare struttura normativa dei principi, che ne rendeva difficile la loro immediata sostituzione al posto delle norme di dettaglio prerepubblicane contrastanti: nel caso, non potendosi parlare di abrogazione per incompatibilità, i cui requisiti sono molto stretti, l'unica via apparen-

³⁶ PIZZORUSSO, *I principi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, in *I principi generali del diritto*, cit., 239 ss., in particolare 252-254.

³⁷ Per questa citazione vedi BARTOLE, *La Costituzione*, cit., 31.

temente percorribile era quella della illegittimità costituzionale. Di questa alternativa abrogazione/illegittimità si sarebbe molto discusso in futuro, mentre nella giurisprudenza della Corte si facevano, però, strada per la via dell'interpretazione conforme, altro e diverso tipo di operazioni che non avrebbero comportato la caducazione della norme ordinarie in frizione con la Costituzione, pur al tempo stesso riconfermando la scelta fatta a favore di una concezione unitaria dell'ordinamento giuridico e, quindi, della sottoposizione alle norme costituzionali di principio di tutti i precetti di legge ordinaria.

3. Gli eventi ora ricordati ampliarono i termini del dibattito sui principi, di cui nei propositi doveva tener conto il Convegno dell'Accademia dei Lincei³⁸. Però non sempre gli interventi ivi sviluppati riuscirono a tenere il passo della progressiva modificazione della tradizionale ripartizione delle scienze giuridiche fra diritto pubblico e diritto privato, modificazione addebitabile – come puntualmente osservava Alessandro Pizzorusso³⁹ – a vicende «principalmente riferibili al campo di studi che è proprio del diritto costituzionale, del quale hanno profondamente modificato le caratteristiche d'insieme».

In effetti, sia la giurisprudenza riconducibile alla prima sentenza della Corte costituzionale che il successivo filone delle sentenze interpretative confermavano e rafforzavano l'apertura all'intero ordinamento delle innovazioni addebitabili alla Costituzione repubblicana senza limiti di tempo o materia. La collocazione in Costituzione di così tante disposizioni di principio offriva il supporto della gerarchia formale a quella gerarchia materiale, cui facevano appello, già in epoca prerepubblicana, coloro i quali erano orientati a riconoscere ai principi una qualche primazia interpretativa e una necessaria rilevanza direttiva. Difficilmente il discorso sulla efficacia dei principi costituzionali poteva risultare soddisfacente, se si partiva dal ristretto punto di vista del tradizionale concetto di norma⁴⁰. Assunte al livello costituzionale, le norme di principio vedevano i loro effetti assicurati dalla sanzione della illegittimità e trovavano definiti i termini delle fattispecie di applicazione nel confronto fra le direttive ad esse riconducibili e le norme vigenti inosservanti di tali direttive.

³⁸ FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *I principi generali del diritto*, cit., 11 ss.

³⁹ PIZZORUSSO, *op. cit.*, 242.

⁴⁰ FALZEA, 13 ss.

Le disposizioni costituzionali di principio si caratterizzavano, dunque, per essere fonti di norme caratterizzate da una pervasività che meritava loro di essere ascritte al novero dei principi generali del diritto. Di tale fenomeno oggi vi è ormai piena consapevolezza in dottrina, se è vero che molti si interrogano sulla necessaria riconducibilità di tutti i principi dell'ordinamento ad una qualche copertura costituzionale, che li renderebbe resistenti a modificazioni legislative⁴¹, e sulla sponda privatistica si ragiona ormai di una progressiva costituzionalizzazione del diritto privato.

Ma la tematica della classificazione dell'oggetto delle nostre ricerche e dell'estensione della relativa categoria passa in secondo piano se l'attenzione è rivolta ai modi di utilizzazione dei principi costituzionali, e si ritorna alla classificazione delle funzioni dei principi quali si sono venute configurando nel dibattito dottrinale, dalla sottolineatura del loro profilo funzionale ad opera di Crisafulli alla classificazione di Bobbio. Accertata l'impraticabilità del tradizionale procedere sillogistico dell'interpretazione, bisognava trovare strade nuove atte in particolare all'utilizzo dei principi in chiave integrativa ed interpretativa, anche se in un caso e nell'altro la funzione direttiva restava sempre di attualità. Come si è visto, si tratta di funzioni che tendono in parte a sovrapporsi, quando è in giuoco l'esercizio dell'interpretazione conforme di norme non radicalmente contrastanti con le indicazioni costituzionali. Evidentemente per misurare il *quantum* di innovazione trasferibile nella ricostruzione ermeneutica delle norme desumibili da fonti subordinate alla Costituzione è necessario individuare l'ampiezza della copertura costituzionale della disciplina di una certa materia. Operazione, questa, in qualche modo riconducibile all'operazione interpretativa che il giudice è chiamato a fare in sede di sindacato di costituzionalità.

Proprio dell'esigenza di circoscrivere la discrezionalità del giudice ragionò ai Lincei Luigi Mengoni⁴², indicando la necessità di razionalizzare, da un lato, le tecniche di bilanciamento e di collegare, dall'altro lato, la riflessione sui principi alla elaborazione di una dottrina del precedente giudiziario compatibile con un ordinamento di *civil law*. Nelle conclusioni al Convegno anche Pietro Rescigno ritornò sull'argomento, segnalando il concorso di due orientamenti di

⁴¹ MODUGNO, voce *Principi generali del diritto*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 7.

⁴² MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, cit., 328.

pensiero fra loro contrastanti e, tuttavia, ambedue riconducibili a posizioni tradizionali della cultura giuridica: il timore del giudice legislatore, per un verso, e le doglianze del ceto dei giuristi per essere scavalcati da una formulazione espressa dei principi, per l'altro⁴³. L'avvento della giustizia costituzionale aveva, però, in parte modificato i termini della situazione, proprio sul terreno dell'utilizzo delle disposizioni costituzionali di principio, giacché il giudice di cui si andava ragionando era ormai direttamente coinvolto nell'attività di *law making*, come indicava quella posizione dottrinale che a proposito degli effetti delle sentenze della Corte costituzionale aveva ragionato di legislazione negativa: un atteggiamento inizialmente restrittivo che, però, poteva aprire le porte ad una partecipazione positiva di quel giudice alla creazione del diritto⁴⁴.

L'esperienza che si andava sviluppando aveva, dunque, un notevole rilievo e, d'altra parte, indicava che la creatività del giudice costituzionale era destinata a manifestarsi in una duplice direzione, giacché non si trattava soltanto di definire il contenuto degli enunciati costituzionali di principio, ma bisognava, poi, sulla base del risultato così ottenuto individuare le norme di dettaglio implementative dei principi medesimi. Su ambedue questi versanti alla contestazione critica di Betti⁴⁵ si contrapponeva Pizzorusso che ragionava in ambedue i casi di operazioni interpretative, lasciando così capire che, se di attività creativa del diritto si trattava, era pur sempre in giuoco quella creatività che, per un verso o per l'altro, la più moderna dottrina è oggi disposta a riconoscere all'esercizio della funzione giurisdizionale⁴⁶. Si poteva, quindi, argomentare di innovazioni normative destinate a consumarsi nel contesto del complessivo sistema costituzionale. Già Falzea aveva sottolineato nel convegno linceo che i principi fungono da connettivo della solidarietà delle regole di un ordinamento giuridico, in tal modo rimarcando che il posto della dottrina dei principi è quello della interpretazione sistematica⁴⁷. Vero è che spesso si è detto che l'interpretazione sistematica come

⁴³ RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in *I principi generali del diritto*, cit., 333 ss., 338.

⁴⁴ Sulle preoccupazioni già presenti in Assemblea Costituente, di cui in particolare si fece portatore l'on. Calamandrei BARTOLE, *La Costituzione*, cit., 44 ss.

⁴⁵ BETTI, *Interpretazione*, cit., 205-212.

⁴⁶ PIZZORUSSO, *op. cit.*, 241-242.

⁴⁷ FALZEA, *op. cit.*, 23.

quella argomentata per principi nascondono operazioni normative degli interpreti⁴⁸, ma è anche vero che in un caso e nell'altro il vincolo al quadro normativo preesistente guida e orienta l'attività dell'interprete nella individuazione dei rilevanti contenuti normativi dell'esercizio delle sue funzioni che (salvo per l'eccezione della Corte costituzionale) non hanno mai una portata generale ma interessano soltanto il caso di specie.

In questa prospettiva i testi costituzionali e legislativi restano un'ineludibile punto di riferimento, giacché in ogni caso si tratta di attribuire loro un significato utile per la pratica⁴⁹. L'intervento dell'interprete è scontato. Però, a ben vedere, sembra da preferire l'indicazione di Guastini⁵⁰, per il quale i principi espressi risultano dall'attribuzione di significato alle disposizioni di principio ed hanno quindi un aggancio al testo diverso da quello dei principi inespressi, alla posizione di Modugno per cui tutti i principi generali sono impliciti perché l'eccedenza di contenuto teleologico, che li caratterizza, richiede sempre un intervento individuativo dell'interprete⁵¹.

Nell'approccio di Mengoni si tratta di operazioni valutative e non solo inferenziali, ma non è il caso di chiamare in causa la dottrina dei valori, come vorrebbe Modugno sulle orme di Betti⁵². Stone ragiona pure di *fact-value complex* a proposito di principi, ma non intende evocare valori desunti da una tavola astratta e, piuttosto, intende suggerire un procedimento che consente di mettere a confronto il contenuto dei principi, l'estensione degli interessi da essi tutelati, con i fatti della vita. In effetti, quando si procede a bilanciamenti, che sono le modalità tipiche di utilizzo dei principi, non si tratta di una ponderazione di valori di sempre discutibile individuazione, ma di verificare empiricamente la diversa estensione, nell'ambito di una determinata materia o fattispecie, dei vari interessi coperti dai principi e dalle norme messi a confronto⁵³. Ed è in questi

⁴⁸ Vedi sul punto TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 375-382, e GUASTINI, *op. cit.*, 127.

⁴⁹ MENGONI, *op. cit.*, 318.

⁵⁰ GUASTINI, *op. cit.*, 122.

⁵¹ MODUGNO, *op. cit.*, 13.

⁵² MODUGNO, *ivi*.

⁵³ Chiarificatore al riguardo l'intervento di BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002, 159 ss., in particolare 169-171.

bilanciamenti, in quanto nascono da preoccupazioni di ordine sistematico, che pare destinata a trovare un freno la tendenza a sempre giustificare l'interpretazione estensiva di un enunciato che esprime un principio fondamentale, segnalata da Guastini nel suo contributo sulla produzione di norme a mezzo di norme⁵⁴.

I bilanciamenti dei beni e degli interessi protetti sono espressione di una tecnica logico-pratica che colloca tali operazioni – secondo un'osservazione di Mengoni⁵⁵ – sul terreno diverso da quello dell'esercizio della tecnica logico-formale della sussunzione. È dunque il campo delle esperienze che, negli anni della fase storica del dibattito ora presa in considerazione, offre i maggiori stimoli alla riflessione. Invero, la giurisprudenza della Corte costituzionale offre alla dottrina spunti e suggerimenti di approfondimento, mettendo spesso in discussione conclusioni raggiunte a livello esclusivamente teorico. Le suggestioni di quella giurisprudenza non si esauriscono, tuttavia, sul terreno delle scelte metodologiche, giacché essa si viene articolando per filoni distinguibili per materia e principi interessati, che consolidano nel tempo i significati a questi ultimi assegnati, seppure in un processo di continuo assestamento e successive correzioni. Giacché la Corte utilizzando i suoi precedenti li conforma e li plasma in funzione dei sempre nuovi casi della vita⁵⁶. Non è affatto vero che la funzione integratrice è precariamente integrativa, perché legata ad una singola operazione giudiziaria⁵⁷: chi sostiene questa posizione riduttiva finisce per dimenticare l'importanza che nello studio dei principi ha la dottrina dei precedenti giudiziari, che nel Convegno linceo già aveva preconizzato – come si è ricordato – Luigi Mengoni⁵⁸.

L'alto grado di vaghezza e di generalità dei principi richiede, dunque, una loro progressiva concretizzazione interpretativa⁵⁹. Il processo iniziato già prima dell'avvento della Corte e da questa successivamente portato avanti con tentativi più o meno felici invita a riflettere sulla fondatezza della ormai tralaticia opinione che i principi

⁵⁴ GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in *Informatica e diritto*, 1985, 7 ss., 23.

⁵⁵ MENGONI, *op. cit.*, 326.

⁵⁶ BARTOLE, voce *Giustizia costituzionale (linee evolutive)*, in *Annali dell'Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 2014, 477 ss.

⁵⁷ MODUGNO, *op. cit.*, 8-9.

⁵⁸ MENGONI, *op. cit.*, 328.

⁵⁹ GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, cit., 116.

non sono, anzi non debbono essere direttamente applicabili ai fatti della vita⁶⁰.

Almeno due filoni della giurisprudenza costituzionale consigliano prudenza a tale riguardo. Anzitutto la lunga storia delle interpretative di rigetto: si tratta, per così dire, di un'invenzione obbligata del giudice delle leggi, almeno nella misura in cui l'interpretazione conforme a Costituzione del diritto vigente deve ritenersi una necessità ineludibile⁶¹. Se l'interpretazione delle leggi deve essere coerente con l'assetto complessivo dell'ordine costituzionale, la conformità a Costituzione è la sola modalità interpretativa che evita l'altrimenti obbligato rinvio alla Corte costituzionale in presenza di dubbi sulla costituzionalità delle disposizioni che il giudice è chiamato ad applicare. Talvolta la Corte vi ha provveduto direttamente, in altri casi ha demandato il compito ai giudici impartendo loro le necessarie istruzioni. La congiunzione fra norma di dettaglio e principio richiede che il contenuto normativo di quest'ultimo incida sulla individuazione della norma del caso: il linguaggio dei pratici usa per vicende normative siffatte la inelegante espressione «combinato disposto», cui i costituzionalisti raramente hanno fatto ricorso in materia, e però nella sua rozzezza quella espressione lascia chiaramente capire che, nella pratica definizione di un caso, il precetto della norma di dettaglio si accoppia con il contenuto normativo del principio.

Sembrerebbe destinato a restare confinato nei termini dei discorsi tradizionali sull'efficacia normativa dei principi l'esempio delle sentenze additive di principio. In effetti, in origine, la Corte vi aveva fatto ricorso per restare fedele alla sua impostazione di astenersi dal sostituire il legislatore nelle scelte discrezionali di implementazione dei principi costituzionali e, quindi, si era limitata ad enunciare il principio alla cui applicazione chiamava il legislatore a seguito della caducazione della legge da essa dichiarata incostituzionale. Ma i ritardi del legislatore hanno finito per trasferire questo adempimento sulle spalle dei giudici che, in difetto di un intervento legislativo riformatore, hanno dovuto procedere, pur restando nell'ambito dell'esercizio della loro funzione giurisdizionale, alla concretizzazione del principio in norme concrete direttamente applicabili ai fatti della

⁶⁰ MODUGNO, *op. cit.*, 8.

⁶¹ Conforme SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Diritto e società*, 181 ss., 189.

vita oggetto dei giudizi dinanzi a loro pendenti. Si è così andati ancora una volta aldilà della configurazione dell'applicazione diretta dei principi nel quadro dell'art. 12 delle disposizioni preliminari c.c. prospettata dalla dottrina⁶², con enfaticizzazione evidente del ruolo creativo del giudiziario.

5. A questo punto della nostra rassegna è utile fare il punto dello stato della dottrina dei principi a valle dei due Convegni che gli organizzatori del Convegno hanno indicato quali termini temporali dell'analisi richiesta ai relatori. Se è vero che «è l'interprete che, individuando i principi generali, costruisce, di volta in volta, la razionalità e la coerenza del sistema giuridico», come è stato di recente sostenuto⁶³, ne deriva che il sistema non è qualcosa di precostituito e bell'e pronto. Anche i principi non sono norme individuabili a monte dell'intervento dell'interprete cui sarebbe dato soltanto di estrarle nella loro compiutezza dal diritto vigente. Richiedono, pertanto, una elaborazione che è il frutto del lavoro interpretativo cui si deve, quindi, riconoscere potenzialità creative che l'antica dottrina era poco disposta ad ammettere.

La maturazione di una dottrina dei principi si lega così alla crescita di una più articolata concezione della funzione giurisdizionale, in cui c'è anche spazio per interventi di *lawmaking*. Base teorica a questo processo è stata offerta sia dalla valorizzazione della distinzione della norma dalla disposizione, la cui presenza non può sopprimere – secondo l'opinione già ricordata di Crisafulli – «il margine di incertezza della norma», che dalla piena acquisizione degli apporti dell'esperienza della giurisprudenza costituzionale. I quali spiegano il contributo determinante dato in materia dalle dottrine del diritto pubblico, di frequente svincolate dalla discussione sull'esclusivo iniziale riferimento all'art. 12 della preleggi. In questa prospettiva, spesso i giudici si sono dati carico di individuare norme particolari o di dettaglio partendo dalle indicazioni generali delle norme principio e così utilizzando queste ultime per disporre in ordine ai fatti della vita.

Certo, come già si è osservato, le novità apportate dall'avvento della Costituzione repubblicana hanno molto favorito la accennata

⁶² SORRENTINO, *op. cit.*, 190.

⁶³ SORRENTINO, *op. cit.*, 183.

maturazione di alcuni dei temi più delicati della dottrina giuridica, ma un contributo non indifferente è venuto anche dall'apertura del nostro ordinamento all'ordine internazionale ed all'Unione europea in particolare, apertura che favorendo il confronto con i giudici di Strasburgo e di Lussemburgo, molto attenti al modello della giustizia di *common law*, ha favorito l'avvento di stili di giudizio più liberi e creativi ad opera degli stessi giudici ordinari, così generalizzando un fenomeno che forse taluno immaginava ristretto al solo campo della giustizia costituzionale.

Sulla base di queste considerazioni sono quindi almeno due le piste di ricerca cui bisogna ancora prestare attenzione ai fini di chiudere il nostro discorso.

Anzitutto va tenuta in considerazione la giurisprudenza del giudice delle leggi sviluppata in sede di controllo delle citate aperture all'ordine internazionale ed a quello europeo, ma anche ad altri ordinamenti distinti da quello nazionale. Aperture che, secondo la Corte non sono affatto libere ed incondizionate, in quanto sono legate al rispetto di quelli che la stessa Corte definisce i principi supremi dell'ordinamento. Anche su questi si è esercitata in modo particolare la funzione creativa della giurisprudenza costituzionale, al tempo stesso identificando il ruolo cui essi sono chiamati a svolgere per escludere dalle aperture di cui si è detto i principi e le norme confliggenti con il loro contenuto prescrittivo.

Si è così proceduto ad individuare gli ordinamenti diversi dal nostro con i quali questo intrattiene rapporti di intercomunicazione in vista dell'estensione all'interno dello Stato italiano di diritto prodotto al loro interno. Come è stato di recente ricordato nella sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale, si tratta dell'ordinamento internazionale, dell'ordinamento dell'Unione europea e dell'ordinamento canonico. Nei loro confronti si è ripetutamente affermato che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un limite all'operatività dei rinvii o richiami degli artt. 7 secondo comma, 10 primo comma e 11 Cost. La formula usata per individuare tali limiti è sufficientemente generica ed ambigua da lasciare spazi di manovra all'interprete chiamato ad utilizzarla, cioè la Corte costituzionale, che ritiene di sua esclusiva competenza la relativa verifica di compatibilità. E non si può dire che essa acquisti maggiore pregnanza e con-

cretezza quando utilizzata a contrassegnare «gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale», come argomentato nella sentenza n. 1146/1988.

Chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale di norma che avrebbe garantito l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, la Corte ha ritenuto nella citata sentenza che l'art. 10, primo comma, Cost. non aveva consentito e non consente la recezione di quella norma nel nostro ordinamento, in quanto i soggetti lesi risulterebbero privi della necessaria tutela giurisdizionale effettiva. Rifacendosi ad una propria risalente giurisprudenza, il giudice delle leggi ha dunque classificato come principi supremi del nostro ordinamento quelli desumibili dagli artt. 2 e 24 Cost., confermando la lettura di quella giurisprudenza data dalla dottrina, che ne esclude la possibilità di modificazione o anche deroga⁶⁴. Inoltre, la via percorsa in motivazione riconduce alla Costituzione sia la fonte dei principi che la speciale loro primazia attraverso l'elaborazione in via sistematica dell'art. 10, primo comma, Cost., per cui l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. Sottesa a questo argomento è con tutta probabilità l'argomentazione che, pur aperto ad altri ordinamenti, l'ordinamento della Repubblica italiana ha in sé anticorpi che ne garantiscono l'identità costituzionale nei confronti di intrusioni di norme di altri ordinamenti con quella identità confliggenti.

Dalla stessa sentenza n. 1146/1988 citata in motivazione dalla Corte si ricava una conferma di questa ipotesi quando essa afferma che «la Costituzione contiene alcuni principi supremi... che appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana». Partendo dalla presenza in Costituzione di limiti espressi alla revisione costituzionale ed elaborando il rilievo dommatico di questo presupposto, il giudice costituzionale si ritiene autorizzato ad estenderne il numero, al tempo stesso introducendo all'interno del nostro sistema di gerarchia formale delle fonti una gerarchia materiale delle norme pur riconducibili tutte alla stessa fonte formale. Sarà pur vero che la Corte può pretendere di avere alle sue

⁶⁴ MODUGNO, *op. cit.*, 10-11.

spalle autorevoli posizioni teoriche in materia di limiti alla revisione costituzionale, ma pare difficile negare che tutta l'operazione di conversione di queste indicazioni teoriche in una dottrina interpretativa della Costituzione repubblicana rappresenta un apporto creativo del giudice, il quale si riconosce così poteri di *lawmaking* al livello superiore del nostro sistema delle fonti.

Non è forse fuor di luogo osservare allora che è possibile stabilire un parallelo fra questo indirizzo della nostra Corte costituzionale e l'orientamento adottato, in anni successivi alle prime epifanie della dottrina dei contro limiti, dalla Corte Europea di Giustizia, quando ha iniziato a sostenere che anche la normazione della Comunità, e poi dell'Unione Europea deve ritenersi vincolata al rispetto dei diritti fondamentali quale parte dell'*European Constitutional Heritage*⁶⁵. Ma, aldilà di questo parallelo, le vicende europee non vengono in rilievo ai fini della nostra trattazione se non perché ci inducono a chiederci se quelli che oggi la giurisprudenza di Lussemburgo e i Trattati Europei definiscono principi fondamentali di quell'ordinamento entrano a far parte del plesso dei principi dell'ordinamento repubblicano, indipendentemente dalla loro collocazione fra i principi supremi o meno. Per rispondere a questo quesito conviene prendere atto che ormai il dibattito in materia è completamente svincolato dall'impostazione facilmente accertabile negli interventi al dibattito pisano del 1940, quando si riconnetteva la individuazione dei principi alle scelte di regime di un partito e all'interpretazione che questo dava del sentire collettivo. Gli odierni principi, e in particolare quelli costituzionali, sono espressione della scelta fatta dall'Assemblea Costituente di garantire a livello costituzionale una molteplicità di interessi anche fra loro confliggenti, e pur tutti presenti in una moderna società pluralistica⁶⁶. Le differenze riscontrabili non impediscono che si parli di principi generali dell'ordinamento, in quanto è tratto caratteristico di questo di essere al tempo stesso orientato, materia per materia, settore per settore, ad indirizzi di non condivisa ispirazione, ma comunque destinati a convivere, seppure attraverso le necessarie operazioni di bilanciamento.

L'impianto della Costituzione lascia, quindi, intravedere una larga disponibilità a recepire la domanda sociale attraverso late e ge-

⁶⁵ Vedi per tutti PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

⁶⁶ BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 11 ss., *passim*.

nerali disposizioni di principio. Tale essendo la scelta di fondo della Costituzione, è più che mai significativo e rilevante il ruolo che la Corte viene ad assumere quando si riserva un potere di controllo sull'immissione nel nostro ordinamento di norme derivate da altri contesti. Stante l'ampiezza della discrezionalità di cui il giudice delle leggi dà mostra di disporre, ampiezza che in molti casi si traduce in una vera e propria attività di creazione normativa, ne risulta messo in discussione lo stesso pluralismo sotteso al disegno costituzionale. In effetti, le riserve che ispirano la dottrina dei controlimiti e dei principi supremi lasciano intendere che, come per la revisione della Costituzione, anche al riconoscimento di una pluralità di interessi *aliunde* ricavabili la Corte intende mettere un freno, andando ben al di là delle espresse disposizioni del testo costituzionale. Giova, del resto, ricordare che anche trattando della interna rilevanza della CEDU il giudice delle leggi, riconoscendo comunque il vincolo dell'Italia all'osservanza della Convenzione e della interpretazione datale dalla Corte di Strasburgo, ha, seppure con due formule diverse e non propriamente coincidenti, affermato che pure l'utilizzo quale parametro di costituzionalità di quella giurisprudenza sovranazionale è sottoposta a limiti, giacché, da un lato, la sua «particolare natura... fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali... ma debba estendersi ad ogni possibile contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali»⁶⁷, e, dall'altro lato, è necessario verificare se l'interpretazione data alla CEDU dalla Corte di Strasburgo garantisce «una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana»⁶⁸.

Poiché la stessa Corte costituzionale riconosce che essa condivide con le Corti europee l'obiettivo di tutelare al meglio i diritti fondamentali dell'uomo, si potrebbe essere indotti a ritenere che la teoria dei controlimiti è destinata a vanificarsi nella misura in cui vi è coincidenza fra i diritti tutelati nel nostro ordinamento costituzionale e le tutele apprestate dagli ordinamenti europeo e convenzionale. La citata giurisprudenza costituzionale dimostra, però, che il nostro giudice delle leggi supera questa obiezione, il che induce a riflettere sui rapporti che intercorrono fra progressiva internazionalizzazione del

⁶⁷ Corte costituzionale 22-24 ottobre 2007, n. 348.

⁶⁸ Corte costituzionale 22-24 ottobre 2007, n. 349.

diritto costituzionale, intesa come generalizzata condivisione dei contenuti delle relative tutele, e la salvaguardia dell'identità nazionale del nostro ordinamento repubblicano, che la Corte pare ritenere di essere vocata a salvaguardare⁶⁹.

Il problema è altro e diverso da quello che impegnava i partecipanti al dibattito sui principi in era fascista quando ci si interrogava sulla loro funzione identificativa della fisionomia dello Stato fascista attraverso la mediazione del ruolo che al riguardo erano chiamati a svolgere il partito unico e quel Gran Consiglio, che era al tempo stesso organo costituzionale dello Stato e primaria espressione del regime che da quel partito si voleva conformato. Si può certo sostenere che, come il Convegno pisano ambiva a dare una risposta alla richiesta di una formulazione scritta a livello costituzionale dei principi fondamentali dell'ordinamento di allora, così l'Assemblea Costituente e l'evoluzione costituzionale che ne è seguita, tutta intessuta di interpretazioni e trasformazioni anche in via ermeneutica della vigente Costituzione, hanno stabilito e portato alla luce i principi identificativi dell'ordinamento repubblicano, tant'è che – come si è ricordato – si avanza l'ipotesi che principi generali dell'ordinamento e principi costituzionali tendenzialmente coincidano. Simili nell'obiettivo, queste due scelte sono, ovviamente, radicalmente diverse negli orientamenti che le ispirano.

Dottrina politica e giuridica fascista erano guidate dall'idea di un ordinamento chiuso e concluso in sé stesso. Nell'ordinamento repubblicano si sono, invece, affermati orientamenti diversi con l'adozione di disposizioni costituzionali che aprono programmaticamente ad ordinamenti distinti, tant'è vero che – ad esempio – l'adesione dell'Italia prima alla Comunità europea e, poi, all'Unione europea ed i successivi trattati modificativi sono stati ratificati in Parlamento senza ricorrere – come è avvenuto in altri Paesi – al procedimento di revisione costituzionale⁷⁰. Il che ha facilitato, in momenti successivi,

⁶⁹ Per un quadro illuminante delle tendenze in materia *Transnational law Rethinking European Law and Legal Thinking*, MADURO, TUORI, SANKARI ed., Cambridge 2014. Sui due filoni principali di questa vicenda in particolare CASSESE, *Oltre lo Stato. Verso una nuova costituzione globale?*, Napoli, 2006, e C. WEN-CHEN, Y. JIUNN RONG, *Internationalization of constitutional law*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ROSENFELD and SAJO ed., Oxford, 2012.

⁷⁰ Cfr. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 267 ss.

l'accettazione dei processi di internazionalizzazione legati al fenomeno della globalizzazione, cui ancora non si è trovato il modo di contrapporre misure compensative⁷¹.

Non fosse per la riserva di poteri di sindacato sul rispetto dei controlimiti che la Corte costituzionale ha introdotto a proprio favore, ci si potrebbe chiedere se quelli che ancora sono definiti – al di là della loro enunciazione costituzionale – come principi generali dell'ordinamento giuridico, non siano oggi destinati a riprendere l'antico nome di principi generali del diritto nella prospettiva di quella generale condivisione di scelte ed orientamenti che si vuole guidino l'esperienza giuridica contemporanea oltre gli Stati ed oltre i confini degli stessi. Il che potrebbe alla lunga ridimensionare il ruolo di *gatekeeper* che la Corte si è assunta.

⁷¹ BIN, *Che cos'è la Costituzione*, cit., 51. Ma vedi per una lettura dell'apertura sovranazionale come il coronamento di un processo iniziato con la Costituzione BIGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 5 ss., 13.

RELAZIONI GENERALI

I princìpi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico

Antonio Jannarelli

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La ricerca dei princìpi tra consolidazione e codificazione: considerazioni generali. – 3. I princìpi tra *jus commune* e *droit coutumier* nell'esperienza francese dell'*Ancien Régime*. – 4. I princìpi nell'elaborazione assiomatica del diritto naturale. – 5. Dal *Code civil* al nuovo diritto comune europeo: un cantiere.

1. *Introduzione*

La presente relazione intende illustrare sinteticamente o, se si vuole, schematicamente, il ruolo che i princìpi hanno svolto nel passaggio alla età moderna e che tuttora assolvono nell'elaborazione colta del diritto privato.

In apertura del tema mette conto osservare, in termini oltremodo riassuntivi, che nell'esperienza giuridica i princìpi rilevano attraverso due distinte modalità funzionali. Essi costituiscono le ragioni intrinseche delle regole, le spiegano, esprimono i collegamenti interni tra le stesse, ne permettono l'organizzazione in maniera coerente ed ordinata: sono, dunque, implicitamente immanenti alle regole, per quanto risultino "formati" dalle indagini della cultura giuridica. A fronte di un complesso di regole, l'intelligibilità di queste ultime sulla base di legami esistenti tra loro esistenti, la loro riconducibilità ad un ordinato sistema esigono ed in parte presumono anche la presenza di princìpi che ne riflettano ed assicurino l'interconnessione. Al tempo stesso, l'universo normativo a noi più vicino vede sempre di più l'esplicita presenza di norme formulate non solo in termini di regole, ma anche in termini di princìpi: di qui la questione tuttora aperta circa l'effettiva distinzione tra regole e princìpi¹,

¹ Sebbene autorevole dottrina civilistica, A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in in *I princìpi generali del diritto*, Atti del Convegno Lincei svoltosi a Roma 27-29 maggio 1991, Roma, 1992, 13, abbia suggerito di utilizzare il termine *regola giuridica* per indicare "ogni possibile forma deontica e perciò, genericamente, sia la norma sia il principio", nel nostro saggio si conviene, viceversa, sulla soluzione che distingue tra *regole e princìpi*, quali distinte manifestazioni della norma giuridica, secondo la terminologia accolta in prevalenza dalla letteratura: si v. *ex multis* R. ALEXU, *On the structure of legal*

in particolare, se si sia in presenza di una differenza strutturale ovvero di una diversità semplicemente di grado². Non è un caso che questa riflessione teorica sia emersa proprio a partire dal momento storico in cui i principî sono entrati direttamente sul piano del diritto scritto o nell'area operativa del giudice. Non è necessario in questa sede soffermarsi sul sofisticato significato polisemico che "i principî" assumono attualmente nelle diverse teorie delle norme e della molteplicità delle funzioni che essi assolvono³. Basta qui limitarsi a richiamare in primo luogo una definizione stipulativa degli stessi in termini di fondamenti e chiave di lettura delle norme, "proposizioni di-

Principles, in 13 *Ratio Juris* 2000, 294 ss.; ID., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 101 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 205 ss.; G. PINO, *Diritti ed interpretazione, Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 52 ss. Per una stimolante e suggestiva rilettura dell'evoluzione storica dell'esperienza giuridica dal punto di vista delle norme si v. K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme: les normativités émergentes de la mondialisation*, Virginie Mesguich, 2008.

² Nella letteratura sono emersi due orientamenti (il primo è a favore di una distinzione c.d. forte tra principî e regole, l'altro ritiene, viceversa, trattarsi di una distinzione debole): per una ricognizione sintetica dei due indirizzi si v. G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 17 ss. In ordine alla seconda impostazione, considerata dalla prevalente dottrina come riduzionistica della differenza tra principî e regole, si v. il recente saggio di A. JAKAB, *Concept and Function of Principles. A Critique of Robert Alexy*, in M. BOROWSKI (a cura di), *On The nature of Legal Principles*, Nomos 2010, 145 ss.

³ Per un affresco ampio e dettagliato e ricca bibliografia si rinvia per tutti al lavoro di G. ALPA, *I principî generali*, Milano, 2006. Per una recente rivisitazione del tema si v. i saggi raccolti da S. CAUDAL, *Les Principes en droit*, Parigi, 2008, in particolare, A. JEAMMAUD, *De la polysémie du terme «principe» dans les langages du droit et des juristes*, ivi, 49 ss. Sul punto, quanto ai rapporti tra diritto ed etica, si v., per una preziosa quanto lucida ricognizione, G. PINO, *Principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2012, 75 ss. In epoca contemporanea il tema ha acquisito un rilievo particolare nel dibattito costituzionale, relativo appunto alle Costituzioni in cui il richiamo ai principî è fondamentale, con riferimento tanto alla questione relativa alle peculiarità dell'ermeneutica costituzionale, rispetto a quella della legge, quanto al tema connesso circa il rapporto tra principî e valori: si v. al riguardo la recente dura polemica intervenuta tra R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.* 2007, 1373 ss.; e lo stesso A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, ivi, 3251 ss. Per altri riferimenti, si v. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principî. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 35 ss. e G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, in 10 *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica Valori, Principi e Regole*, 2005, 177 ss.

rettrici cui le regole rispondono”⁴, come tali dotate di una forza espansiva, di capacità normogenetica e di concretizzazione del sistema giuridico, caratterizzate, nei loro contenuti, da una flessibilità dovuta appunto al fatto di essere esse stesse frutto di una, per certi versi inevitabile, “vaghezza combinatoria”⁵. È però importante tener presente sempre la doppia anima funzionale dei principî: essi operano ora sul piano conoscitivo, nella misura in cui esprimono la *ratio* sottesa alle regole, ora su quello assiologico, indispensabile per guidare l’individuazione della regola o della decisione⁶.

Ebbene, la presenza e l’operatività dei principî nel processo produttivo del diritto e nell’elaborazione giuridica della dottrina evidenziano in effetti una costante dell’esperienza giuridica a noi più vicina, nel segno, peraltro, di quella circolarità che esiste tra la riflessione dei giuristi sul materiale giuridico, oggetto della loro investigazione, e la formale produzione del diritto, sia essa affidata al legisla-

⁴ Nei medesimi termini, sia pure con riferimento al diritto naturale, si esprimeva C. THOMASIIUS, *Fundamenta juris naturae et gentium*, Lipsia 1708, 120 per il quale il principium individua una “propositio prima & generalissima juris naturae, unde reliqua omnia deduci possunt”. Sulla norma come proposizione si v. N. BOBBIO, *La norma come proposizione prescrittiva*, in Id., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 75 ss.

⁵ La letteratura sottolinea che nel caso delle regole la norma giuridica presenta una struttura binaria: una protasi, che individua la “condizione” della sua applicazione, e un’apodosi, ossia la conseguenza che ne discende. Viceversa, i principî sfuggono a questa struttura. Si tratterebbe, in questo caso, di norme senza fattispecie, strutturalmente indeterminate: i principî non prevedono soluzioni specifiche per i possibili casi, ma indicano i criteri da prendere in considerazione per risolverli. In ragione di questa distinzione strutturale, mentre le regole non sfuggono all’alternativa per cui o sono applicabili o non lo sono, pur potendo ammettere eccezioni, e si presentano, come *definitive commands*, i principî costituiscono *optimization commands*, applicabili con gradualità, in quanto dotati di “peso” per cui possono confliggere tra loro, si presentano come *reasons for rules*, al fine di individuare volta a volta la soluzione ottimale: per alcune riserve e puntualizzazioni su queste conclusioni di R. Alexy (*On the structure of legal Principles*, cit., 295), perfezionate a sua volta da questo studioso nelle sue successive opere, si v. l’illustrazione di recente offerta da C. BÄCKER, *Rules, Principles, and Defeasibility*, in M. BOROWSKI (a cura di), *On the Nature of Legal Principles*, cit., 79 ss.

⁶ Per la distinzione indicata nel testo si v. in particolare JESTAZ (P.), *Principes généraux, adages et sources du droit en droit français*, in *Autour du droit civil. Écrits dispersés, Idées convergentes*, Paris, Dalloz, 2005, 225, il quale parla appunto di un principio *rationalisateur* e di principio *axiologique*. Di qui, secondo altra letteratura, la distinzione tra i principî *del* diritto (aventi valenza conoscitiva) ed i principî *di* diritto (aventi piena valenza normativa): sul punto si v. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Paris, 1999, 6 ss.

tore ovvero ai giudici⁷. È evidente, infatti, che nel corso dell'esperienza giuridica, la grammatica e la sintassi del diritto mutano in relazione proprio al rapporto circolare che esiste tra l'elaborazione da parte dei giuristi sia di un linguaggio sempre più tecnico, sia di concetti giuridici in funzione euristica, cui segue normalmente il loro progressivo accoglimento nel diritto positivo, e la stessa legislazione, la quale, a sua volta, prospetta contenuti normativi nuovi su cui i giuristi sono chiamati a riprendere e/o rivedere le loro riflessioni, nonché ad avanzare rinnovate letture e costruzioni dogmatiche⁸.

⁷ Preziosa, al riguardo, l'osservazione di Mengoni in ordine alla più generale distinzione, soprattutto nell'area del c.d. *civil law*, tra i concetti normativi, presenti nel diritto scritto o posito, ed i concetti ordinatori adottati dall'elaborazione della dottrina giuridica (ID., *Dogmatica giuridica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 32) secondo un'impostazione, a proposito dei concetti normativi, che si differenzia da quella offerta da K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, 172 ss. Sul punto si v. anche LUHMANN, *Il diritto della società*, Torino, 2012, 361 secondo il quale, "I concetti devono essere impiegati in modo consistente ed uniforme in relazione a se stessi e in relazione alle distinzioni marcate da essi (come le parole del linguaggio). I concetti formano una seconda rete di sicurezza disponibile metatestualmente per la ridondanza del sistema. E una volta che i concetti sono elaborati e i testi giuridici si servono del loro linguaggio, è quasi impossibile che l'argomentare giuridico possa prescindere dai concetti. Si possono introdurre nuove distinzioni, raffinare i concetti, decostruire oppure ... cercare concetti superiori. Però ribellarsi ai concetti è una cosa senza senso, come ogni tentativo di arrivare ad un giudizio basato solo su valori e interessi". Sul tema, si v. da ultimo A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in ID., *Il diritto come discorso*, Trattato di diritto privato a cura di G. Udica e P. Zatti, Milano, 2013, 227 ss.

⁸ La circolarità del percorso evidenzia altresì l'improponibilità dell'impostazione che considera il lavoro dei giuristi, volto all'organizzazione sistematica del diritto, soltanto un discorso "sul" diritto e, dunque, estraneo al processo produttivo del diritto: infatti, anche i giuristi partecipano comunque al processo interpretativo alla stessa stregua degli altri operatori del diritto sebbene siano questi ultimi (si pensi in primo luogo ai giudici) chiamati ad applicarlo: sul punto si v. tra i più recenti contributi R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004, 137. Assai di recente si v. il contributo di G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008. Illuminante, come sempre, la riflessione di T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, saggio introduttivo, al volume TH. HOBBS, *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England* - G.W. VON LEIBNIZ, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum. De casibus perplexis. Doctrina conditionum. De legum interpretatione* Milano, 1960, secondo il quale i concetti dogmatici elaborati dalla dottrina non riflettono tanto l'intelligenza di dati da considerarsi come già esistenti, sì da contribuire all'evoluzione di una riflessione su un diritto dato, ma partecipano e favoriscono lo sviluppo stesso del diritto, posto che tali concetti rispecchiano concezioni generali e diventano strumento per la loro traduzione nel diritto.

In definitiva, la presenza di principî è fondamentale, sia ai fini dell'elaborazione del diritto privato⁹, sia per la prospettazione e l'organizzazione coerente delle singole regole¹⁰ di cui esso è composto: i principî trascendono le regole positive e ne assicurano l'organizzazione ordinata secondo una struttura razionale.

Ebbene, la breve parabola storica che qui si vuole tracciare intende in primo luogo ripercorrere l'emersione della progressiva consapevolezza in ordine al ruolo che i principî hanno assunto non soltanto nel dare fondamenta teoriche al diritto, ma anche nella configurazione sistematica del diritto privato, alla base poi del movimento codificatorio moderno. Siffatta consapevolezza si è significativamente rinnovata nell'esperienza giuridica europea più recente per via dei processi volti alla costruzione di un diritto privato transazionale, per cui sono emerse a livello europeo nuove riflessioni e diverse iniziative al riguardo. In questa indagine, resta sullo sfondo l'altro tema, pur segnalato, legato alla situazione attuale del processo produttivo del diritto. In questo infatti, i "principî", lungi dall'essere soltanto "impliciti" nel complesso delle regole scritte e alle spalle di queste ultime, ossia assunti come rispondenti a strumenti concettuali individuati dai giuristi per dare ordine alle regole e favorire la costruzione di un loro ordine sistematico¹¹, per quanto connettivamente presenti nell'universo normativo ed in linea proprio con il carattere autopoietico del diritto, si rinvergono esplicitamente, ed in misura esponenziale, nel corpo della stessa disciplina privatistica. Essi appaiono assumere le sembianze di vere e proprie norme, sia pure di rango o grado diverso da quelle ordinarie (le regole in senso stretto), con la conseguenza, tra l'altro, di fornire nuovo alimento al dibattito emerso negli ultimi decenni in ordine proprio alla distinzione tra regole e principî¹² che ha

⁹ Per la esperienza francese, si v. F. ZENATI-CASTAING, *Les principes généraux en droit privé*, in S. CAUDAL, *Les Principes en droit*, cit., 257 ss.; nonché M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, Aix Marseille, 1998.

¹⁰ Infatti, i principî sono chiamati appunto anche a giustificare singole regole e/o complessi di regole.

¹¹ Sul ruolo dei giuristi nella costruzione del sistema si v. il prezioso lavoro di G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008.

¹² Su questo ultimo tema, al centro di una vastissima letteratura, si rinvia alle stimolanti osservazioni di G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi Annuario di Ermeneutica giuridica* 2009, 131 ss. È nell'ambito della polisemia del termine che si colloca, ma con un significato del tutto improprio, la sua utilizzazione a proposito ad es. dei c.d. *Principi Unidroit* in materia di contratti ovvero dei *Principles of*

tratto origine dal moderno costituzionalismo¹³.

In definitiva, da essere fondamentale soltanto i paradigmi presenti alle spalle delle regole introdotte nel diritto scritto e chiamati a rendere queste ultime intellegibili ad una ordinata e coerente lettura da parte di tutti gli operatori del diritto¹⁴, attualmente, i principî sempre più *entrano a pieno e direttamente nella visibile trama narrativa degli enunciati* e, dunque, sono chiamati a svolgere un ruolo del tutto originale in grado di modificare il complessivo assetto del diritto privato¹⁵. In questo caso, è il profilo assiologico a prevalere, quale giustificazione della regola o della decisione da applicare al caso concreto¹⁶, per cui, in questa prospettiva, i principî si presentano come norme sicuramente *indeterminate*¹⁷, ma non *indeterminabili* in quanto il loro significato operativo è individuabile soltanto in concreto.

European Contract Law elaborati dalla Commissione Lando nel 1980: infatti, in questo caso, il termine si riferisce, in forma impropria, ad un complesso di regole generali in materia di contratto (a set of general rules ...in the field of contract law), laddove i principî in senso stretto cui qui si intende far riferimento sono da identificarsi con des règles de portée générale, inspirées par certains valèur métajuridique, ayant un caractère extrêmement vague et abstrait”: in questi termini, F. PELLEGRINO, *Raisannabilité prévisibilité et flexibilité dans les principes du Droit Européen des Contrats*, in *Rev. droit de l'Union européenne* 2013, 461.

¹³ Sul significato del neocostituzionalismo riferito fondamentale alle esperienze maturate nel Novecento in cui la positivizzazione di istanze assiologiche è andata oltre i tradizionali diritti di libertà per abbracciare, anche in chiave solidaristica, la promozione dei diritti sociali, si v. per una prima ricognizione S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 405 ss.

¹⁴ A proposito dei principî si v. *ex multis* N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legakl Theory*, Clarendon 1978 il quale riconosce loro l'esercizio di funzione esplicativa e giustificativa delle regole e di razionalizzazione delle stesse.

¹⁵ Il fenomeno, ovviamente, trascende la sola area del diritto privato. Sulle conseguenze sistemiche legate alla presenza di clausole generali e di principî nelle disposizioni attributive del potere pubblico, e, dunque, sul conseguente significato e ruolo della discrezionalità amministrativa, si v. le recenti riflessioni di L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amm. riv. trim.* 2013, 309 ss.

¹⁶ Sul punto si è sostenuto che i principî, “per realizzarsi hanno bisogno di essere concretizzati da principî secondari e da *singole valutazioni* fornite di contenuto materiale autonomo”: si v. C.W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der jurisprudenzen*, Berlin 1969, il cui brano è così riportato in R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, 9.

¹⁷ Sul punto si v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 176 ss.

2. *La ricerca dei principî tra consolidazione e codificazione: considerazioni generali*

Due sono le distinte vie attraverso le quali i principî sono emersi quale necessità operativa della scienza giuridica tra fine cinquecento e fine settecento: quella rivolta alla semplificazione del quadro normativo, in vista della progressiva formazione degli Stati moderni; quella rivolta alla creazione di un diritto della ragione universale in termini di nuovo diritto naturale.

Nell'ambito dell'esperienza giuridica occidentale può ben dirsi che il superamento del metodo casistico, seguito per molti secoli nella riflessione giuridica privatistica, a favore di quell'approccio concettuale¹⁸ il cui precipitato più maturo, in termini di approdo decisivo, è da rinvenirsi proprio nella moderne codificazioni civili¹⁹, ha conosciuto il suo avvio dal momento in cui i giuristi, superata la stagione della glossa e dell'analisi casistica²⁰, hanno avvertito sempre di più l'esigenza di organizzare il sapere giuridico sulla base di regole generali e di principî, a prescindere dalle diverse circostanze per cui il progetto normativo cui dedicarsi: *a)* avesse come punto di riferimento soltanto i contenuti disciplinari offerti dal diritto romano, in particolare, dal deposito sapienziale presente nelle Pandette giustiniane da secoli assunte come "ratio scripta"²¹ e che anche in quella

¹⁸ Su questo itinerario, con particolare riferimento proprio alle tematiche del diritto privato, si v. ora i saggi raccolti da JOHN W. CAIRNS, PAUL J. DU PLESSIS (a cura di), *The Creation of the Ius Commune From Casus to Regula*, Edinburgh Un. Press 2010. Sul punto, con particolare riferimento alla metodologia dei giuristi romani, restia alle astratte formulazioni di principî, è sempre preziosa la lettura di P. STEIN, *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgo 1966. Sul medesimo tema si v. di recente J. SALDAÑA, *Regole e Principî. L'origine e il contenuto morale dei principî giuridici nelle regulae iuris*, in *Ars Interpretandi*, 2005, Valori, Principi e Regole, 271 ss.

¹⁹ È stato rimarcato che esiste un nesso tra l'idea della codificazione moderna e l'epoca del c.d. diritto di ragione in quanto la prima è basata "in genere... su una visione non dialettica e antistorica della realtà": così E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione*, Roma-Bari, 2010, 23 nt. 60.

²⁰ Ci si riferisce, in particolare alla stagione di indagine giuridica riapertasi in Europa agli inizi del secondo millennio grazie anche alla riscoperta dei *Digesta* di Giustino: sul punto si v. il lavoro di C.M. RADDING, *Le origini della giurisprudenza medievale. Una storia culturale*, Roma, 2013.

²¹ Sul significato della *ratio scripta* riferita al diritto romano nelle vicende del diritto europeo, si v. per tutti A. GUZMAN, *Ratio scripta*, Frankfurt 1981; quanto alle diverse conseguenze che la configurazione del diritto romano come *lex scripta* più che come *ratio scripta* determinava nell'esperienza francese premoderna in ordine all'appli-

stagione storica avevano conservato l'autorità di "testo sacro"²²; *b*) ovvero si indirizzasse, molto più semplicemente, a mettere ordine al diritto consuetudinario affermatosi nei paesi europei al fine di sottrarlo alla frammentazione e al particolarismo dovuto appunto alla presenza su territori tra loro molto vicini di un articolato *droit coutumier*, a sua volta emerso pur sempre²³ all'ombra dello *jus commune* di ispirazione romanistica²⁴; *c*) o si allontanasse da entrambi, ma senza perderne l'influenza, a partire dalla stessa formazione culturale ed educazione dei giuristi, alla ricerca di un diritto di ragione lungo le linee di approccio proprie del giusnaturalismo²⁵.

cabilità del *droit coutumier* si v. A. WATSON, *The Evolution of Western Private Law*, JHU Press 2001, 236. Ai primordi del processo di nazionalizzazione del diritto, in pieno Cinquecento, GUY COQUILLE identificava il diritto francese con quello consuetudinario, puntualizzando, esplicitamente, che "le droit civil Romain n'est pas nôtre Droit Commun, & n'a force de Loy en France; mais y doit être allegué seulement pour la raison": così in *Les oeuvres de maistre Guy Coquille, sieur de Romenay, contenant plusieurs traittez touchant les libertez de l'église gallicane, l'histoire de France et le droit français, entre lesquels plusieurs n'ont point encore esté imprimez*, Labottiere 1703, 2.

²² In questi termini, L. MENGONI, *op. cit.*, 28. Sulla presenza del diritto romano nella cultura europea, si v. l'elegante sintesi offerta da P. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge 1999.

²³ Nel senso che, con specifico riferimento all'esperienza francese, "l'avènement du droit coutumier serait un produit de la renaissance du droit romain et non une réaction de défense de règles propres aux communautés d'habitants du Nord et du Centre de la France" si v. J.L. HALPERIN, *Est il temps de decostruire les mythes de l'histoire du droit français?*, in *Clio Themis*, 2012, 6.

²⁴ Sul tema dello *jus commune*, al centro di una rivisitazione della ricerca (su cui v. J.L. HALPERIN, *L'approche historique et la problématique du jus commune*, in *52 Revue internationale de droit comparé*, 2000, 717 ss.), si rinvia per tutti a M. CARVALE, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, 2005; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, 173 ss., nonché ai saggi che si leggono in R.H. HELMHOLZ e V. PIERGIOVANNI (a cura di), *Relations between the jus commune and English Law*, Rubettino, 2009 e al contributo di C.S. CERCEL, *Le "jus commune" dans la pensée juridique contemporaine, ou le comparatisme perversi*, in P. LEGRAND (a cura di), *Comparer les droits, résolument*, Puf 2009, 457 ss. Su gli opportuni caveat circa gli indirizzi emergenti nella recente letteratura europea, si v. le accorte puntualizzazioni di M. BRUTTI, *Per la scienza giuridica europea (Riflessioni su un dibattito in corso)* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 905 ss.

²⁵ Si fa qui riferimento alla specifica vicenda culturale emersa in una particolare stagione della storia europea: sulla molteplicità di significati che assume l'espressione diritto naturale e sull'ineludibilità di una analisi storicamente orientata per la sua comprensione, si v. per tutti S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel* Vrin, 2002. Sul punto, in ordine al rinvenire nell'emersione del diritto naturale "un at-

La piena consapevolezza di questa linea si rivela sinteticamente colta da Kant, sebbene nella prospettiva della consolidazione del diritto esistente, più che nell'ottica della rivoluzionaria codificazione napoleonica, allorquando ebbe a rimarcare che “è *antico desiderio, che, non so quando, ma giungerà forse un dì al suo compimento, si possa scoprire in luogo della molteplicità delle leggi civili, i loro principî: giacché soltanto in ciò può consistere il segreto per semplificare, come si dice, la legislazione*”²⁶.

Senza qui prospettare una cronologia puntuale di questo percorso che ha caratterizzato, sia pure in guise diverse, la storia giuridica europea²⁷, è sufficiente segnalare che in una prima fase, rispondente sostanzialmente al maturo autunno del Medioevo, la problematica relativa alla individuazione dei “principî del diritto”, ivi compresi quelli relativi al diritto privato, si è incentrata, preliminarmente, sull'ineludibile tema riguardante la rispondenza dei principî su cui costruire razionalmente il contenuto del diritto positivo con quelli riconosciuti di rango superiore, ossia con le verità metafisiche autoevidenti rinvenibili nella tradizione e nei valori spirituali del cristianesimo²⁸. A partire dalla riforma protestante, il conseguente spostamento del fondamento del diritto dalla tavola dei valori riconducibili ad un particolare credo religioso al nuovo orizzonte fondato sulla ragione umana e sulla razionalità, al cuore del moderno giusna-

teggiamo progressista, critico nei confronti del diritto tramandato” e al fatto che in esso si rifletta la mancanza di una “chiara separazione tra aspettative cognitive e normative” sicché “per il diritto naturale si ricorre alla verità, nondimeno però la prova dell'errore, e quindi l'apprendimento, è normativamente esclusa” si v. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990, 111-112.

²⁶ E. KANT, *Critica della ragion pura*, oggi leggibile anche in *www.ousia.it*, 238.

²⁷ Per una recente traccia, si v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. Dalla crisi dello jus commune alle codificazioni moderne*, Giappichelli, Torino, vol. 2, 2010.

²⁸ A tacer d'altro, una manifestazione paradigmatica di questa prospettiva nell'ambito del diritto contrattuale e del faticoso quanto tortuoso percorso circa il suo superamento, ben si rinviene nel secolare dibattito sull'usura sulla ammissibilità di mutui a titolo oneroso e sul cambio delle monete alla base dell'elaborazione del primo moderno diritto mercantile, cui seguirà quello relativo al principio nominalistico proprio del moderno sistema bancario presente negli Stati sovrani. Solo successivamente, grazie soprattutto alle elaborazioni giusnaturalistiche, a cominciare da Grozio, si è andato sempre di più diffondendo la convinzione per la quale, in definitiva, il sistema giuridico non è che formato da principî autonomi fondati sulla ragione e dunque validi *etiamsi daremus non esse Deum* e che questi soltanto ne permettono l'edificazione.

turalismo²⁹ e della progressiva autonomia riconosciuta ai singoli saperi, si è andato saldando con l'esigenza, sempre più incalzante, di sostituire l'ormai inappagante *jus commune*, peraltro già ampiamente eroso dallo svilupparsi di una molteplicità di diritti consuetudinari a carattere ed operatività locali, con un diritto privato che: *a*) fosse all'altezza delle esigenze di semplificazione e unificazione del diritto privato (a prescindere, dunque, da una vera propria codificazione)³⁰, emerse in connessione con lo strutturarsi dello Stato moderno, assoluto, unitario e accentrato, nonché con la formazione di mercati allargati a livello "nazionale" dovuti alla crescente egemonia della civiltà urbana su quella rurale, *b*) e che, soprattutto nell'epoca dell'assolutismo illuminato, fosse direttamente fruibile dai sudditi, proprio al fine di facilitare il legame diretto tra sovrano e popolo, in termini di chiarezza, coerenza e di certezza, e, come tale, potesse essere anche al riparo dal tradizionale monopolio sapienziale dei giuristi e degli operatori del diritto che aveva contraddistinto il lungo periodo storico che si andava concludendo³¹.

²⁹ Una ricognizione degli sviluppi del diritto naturale a partire proprio dalla riforma luterana, in particolare dai lavori di Grozio, si rinviene nella matura riflessione di C. THOMASIIUS, *Paulo Plenior Historia juris naturalis*, Magdeburgo, 1719, 2 ss., in particolare 58 ss. Una successiva preziosa mappa dei diversi orientamenti emersi sino agli inizi dell'Ottocento si rinviene in K.H.L. PÖLITZ *De mutationibus, quas systema iuris naturæ ac gentium a Grotii temporibus hucusque expertum fuerit, commentatio literaria*, Graessler 1805. Sull'elaborazione del diritto naturale agli inizi dell'età moderna esiste una letteratura immensa: per un quadro sintetico si rinvia a J. SCHRÖDER, *The Concept of (Natural) Law in the Doctrine of Law and natural Law of Early Modern Era*, in L. DASTON e M. STOLLEIS (a cura di), *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe: Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy*, Ashgate ed. 2008, 57 ss.

³⁰ P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, 1998, 39 ss. insiste opportunamente sulla distanza tra il processo posto in essere dalla dottrina e volto alla individuazione e alla semplificazione del diritto da ritenersi vigente sulla base anche della ricostruzione storica dell'accumulo dei materiali e la moderna codificazione, politicamente indirizzata da un centro propulsore; sul punto resta sempre preziosa la linea tracciata da M.E. VIORA, *Consolidazioni e Codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino, 1967.

³¹ Al riguardo, è interessante la lettura fornita a metà dell'Ottocento da F. LAURENT, *Principes de Droit Civil*, tomo I, Parigi, 1869. Nella sua Introduzione (p. 42) così Laurent descriveva la situazione premoderna, contrapponendola a quella seguita alla codificazione napoleonica: "Sous l'ancien régime, les jurisconsultes français avaient aussi des allures très-libres. Dans les pays de droit écrit, le droit romain était un droit traditionnel plutôt qu'un droit législatif. Dans les pays coutumiers, il n'avait généralement qu'une autorité de raison; dès lors la raison le pouvait discuter, et au besoin s'en écarter. C'est ce que Pothier fait à chaque instant, au nom de l'équité. Nos anciens légistes

In termini sintetici, al fine di introdurre la nostra ricerca, può dirsi che nella esperienza giuridica europea sono emersi sul campo due fondamentali approcci distintamente caratterizzati proprio dal diverso rilievo assegnato ai principî, ora in chiave assiomatica ora in chiave assiologica, in relazione altresì alla distinta funzione ad essi assegnata, sia nel dare ordine ad un universo giuridico assunto ora come già dato, ma suscettibile di semplificazione e razionalizzazione, ora come destinato a costruirsi autonomamente su basi razionali pur impiegando anche in parte materiali giuridici preesistenti.

3. *I principî tra jus commune e droit coutumier nell'esperienza francese dell'Ancien Régime*

La traccia già ora sinteticamente preannunciata può ben rinvenirsi in alcuni esponenti della cultura giuridica che hanno favorito e preparato il terreno per la successiva codificazione moderna e per i quali l'elaborazione e sistemazione del diritto privato, anche solo in vista di una semplificazione e contrazione del materiale normativo accumulatosi³², esigevano appunto l'individuazione di principî generali cui ispirare la puntuale armonica fissazione delle singole regole nelle diverse specifiche aree, quali il diritto di famiglia, il diritto dei contratti, etc.

modifiaient donc le droit traditionnel: c'est dire qu'ils aidaient à développer le droit, ils le créaient". In generale sul punto si rinvia per tutti a L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, in part. 79 ss.

³² Infatti, durante l'Ancien Régime l'obiettivo da perseguire era volto alla semplificazione del diritto vigente e, dunque, esso risultava qualitativamente diverso e più limitato per quanto ambizioso esso apparisse e fosse in progressiva linea con l'affermarsi della visione nazionale della legislazione: visione, quella nazionale, che a distanza di secoli ha potuto portare alla conclusione accolta da A. COLIN et A. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, tom I, Paris, 1923, 31 secondo cui «on peut dire que ce droit commun, construit par de grands jurisconsultes tels que Dumoulin et Domat, a fait l'unité rationnelle et morale du Droit français avant que la Révolution n'en réalisât l'unification légale».

In realtà, a fronte di una tradizione culturale che molto spesso al fine di cogliere le "origini" del *Code civil*, si è più volte spinta troppo all'indietro (significativi anche gli approcci storici di M.F. LAFERRIÈRE, *Histoire du droit civil de Rome et du droit Français*, t. I, Paris, 1846; P. VIOLLET, *Histoire du droit civil Français*, Paris, 1893, 201 ss.; sino ad A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969) con il concreto rischio di alimentare una vera e propria mitologia, si v. le considerazioni critiche di J.L. HALPERIN, *Est il temps de decostruire les mythes de l'histoire du droit français?*, cit.

Quanto, ad es., all'esigenza, emersa chiaramente e precocemente nella dottrina d'oltralpe, di mettere ordine al variegatissimo diritto consuetudinario, al fine dell'unificazione del diritto francese³³, è di sicuro rilievo per la sua originalità il progetto di cui si fece portatore, già alla metà del Cinquecento, il Du Moulin³⁴, nella sua *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae*³⁵, sintetico scritto programmatico, non a caso dedicato appunto "ad omnes Veritatis et Reipublicae studiosos praesentes et futuros". A fronte di una vastità di consuetudini sostanzialmente incerte ed in parte non ancora scritte, quel grande giurista non aveva dubbi nel ritenere che in *tota Republica* non vi fosse opera più utile e lodevole da suggerire "quam omnium diffusissimarum, et ineptissimae saepe variantium huius regni Consuetudinum, in brevem unam, clarissimam et aequissimam consonantiam reductio" [il corsivo è nostro]. La proposta di Du Moulin meriterebbe un'indagine approfondita: ai nostri fini è sufficiente osservare che l'autore era certamente consapevole delle difficoltà e delle obiezioni che si sarebbero potuto avanzare nei confronti di una operazione destinata anche a rimuovere incertezze e soprusi che si erano nel tempo accumulati nelle articolazioni locali dell'esperienza giuridica e di cui egli aveva piena contezza. Ad ogni modo, egli non aveva dubbi che quella fosse la via migliore e la più facile per assicu-

³³ Si v. al riguardo E. MEYNIAL, *Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'oeuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres*, in *Congrès international de droit comparé tenu Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Parigi, 1905, T.I, 269; più in generale sul ruolo della dottrina si rinvia a A. PERROT, *La Doctrine et l'hypothèse de déclin du droit*, in AA.VV., *La doctrine juridique*, PUF, 1993, 181 ss.; nonché P. STEIN, *Il diritto romano nella storia d'Europa*, Cortina, 2001, 101 ss.

³⁴ Sul punto si v. J.L. THIREAU, *Charles du Moulin, 1500-1566: étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, vol. 1, Droz, 1980, 119.

³⁵ La si legge nella raccolta delle sue opere "Omnia quae extant opera", Paris, 1681, 690. Su questo saggio, non a caso richiamato dai giuristi d'oltralpe che nel Settecento francese si impegnarono direttamente nel lavoro di semplificazione del diritto consuetudinario, che ha preceduto la codificazione napoleonica, si v. A. FALZEA, *Code Civil e Scienza giuridica*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III *scritti d'occasione*, Milano, 2010, 540), si v. J.L. THIREAU, *Charles du Moulin, 1500-1566: étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, cit., 114 ss. È bene rammentare che Charles du Moulin si impegnò concretamente nel mettere ordine nelle fonti consuetudinarie elaborando, tra l'altro, un primo prezioso commentario delle consuetudini di Parigi.

rare certezza al diritto e ridurre il contenzioso. A suo dire, infatti, “Et in summa, pro multis diffusissimis plurium variantissimarum, contrariarum, nonnumquam obscurarum, iniquarum ineptarum, mancarum Consuetudinum libris, litibus quidem ferendis et propagandis, lucrisque et cavillis Pragmaticorum idoneis, *brevissimus, candidissimus, expeditissimus et absolutissimus libellus, haberetur, juri communi et aequitati naturali consonantissimus, publicae et singulorum omnium utililitati accomodantissimus*” [il corsivo è nostro].

Ebbene, pur senza individuare in concreto i paradigmi cui ancorare il processo di semplificazione che avrebbe dovuto portare all'elaborazione del prospettato *libellus*, è di sicuro rilievo il percorso “democratico” che veniva suggerito a tale riguardo. Infatti, la convinzione secondo la quale “atqui leges, quae omnes ligant, et utilitatis omnium causa lata sunt, ab omnibus sciri et intelligi decet, ob eam rem causam maxime claras, publicas et expeditas esse oportet”, induceva Du Moulin, uno dei fondatori del diritto nazionale francese³⁶, a prospettare che siffatto processo di compilazione avrebbe dovuto realizzarsi innanzitutto attraverso un lavoro preparatorio che fosse risultato di un impegno intellettuale collettivo, al quale egli stesso non intendeva sottrarsi. In secondo luogo, prima ancora dell'omologazione di siffatto lavoro da parte del re e del Senato, Du Moulin proponeva altresì che in un tempo prestabilito si procedesse ad una consultazione pubblica con il coinvolgimento di tutti i municipi, che fossero o meno dotati di consuetudini, al fine di ricevere da questi osservazioni e suggerimenti al testo loro inviato.

Al progetto avviato da Du Moulin, a metà del Cinquecento, e sempre presente nella cultura francese a cavallo tra il seicento ed il settecento, si collega il contributo importante offerto da Domat, ritenuto “incomparablement le plus grand jurisconsulte du XVI siècle”³⁷ nella sua famosa opera su *Le Lois civiles dans leur ordre naturel* destinata ad influire sulla cultura giudica europea dell'epoca³⁸. Il

³⁶ Così, P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')*, in *Quaderni fiorentini*, XIV, 1985, 410.

³⁷ In questi termini, P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, Paris, 1893, 223.

³⁸ Sulla diffusione dell'opera di Domat nella cultura giuridica, europea e non, e sulla sua fortuna nel tempo, si v. GILLES, *La Doctrine comme source des codifications: Jean Domat*, in *Studia Universitatis Babeş Bolyai-Iurisprudentia* (4/2009), 61 ss., saggio che sviluppa alcune parti del precedente lavoro dello stesso autore su *Las pensée juridique de Jean Domat. Du Grand siècle au Code civil*, Thèse droit, Aix-Marseille III, 2004.

lavoro di Domat, pur iscrivendosi nell'ambito culturale dell'*Ancien Régime*, costituisce una manifestazione emblematica dello sforzo di razionalizzazione del diritto vigente da parte di una dottrina sempre più consapevole del proprio compito nella costruzione della scienza del diritto, come emerge anche dal mutamento del genere letterario utilizzato³⁹. Per quanto ispirato al diritto romano e al diritto naturale, il giansenista⁴⁰ Domat inaugura, con esiti duraturi⁴¹, un'elaborazione trattatistica del diritto allora vigente, ben consapevole del ruolo che i principi assolvono nella sua presentazione ordinata anche per soli fini didattici. Invero, nell'illustrare nella Prefazione delle *Lois Civiles*, il suo ampio ed articolatissimo progetto, ispirato da una sensibile attenzione per la matematica e la geometria ed orientato a costruire un ordine sociale in corrispondenza con quello naturale⁴², Domat così sintetizzava il percorso della sua opera di civilista: "Le dessein qu'on s'est proposé dans ce Livre est donc de mettre les Loix Civiles dans leur ordre; de distinguer les matières du Droit, & les as-

³⁹ Per questi rilievi, in particolare per l'utilizzazione da parte di Domat del termine "scienza del diritto" e la preferenza per una indagine sotto forma di Trattato, si v. J.L. HALPÉRIN, *French Legal Science in the 17th and 18th Centuries: to the limits of the Theory of Law*, in D. CANALE, P. GROSSI, H. HOFMANN, *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, vol. 9, Springer 2009, 44 ss.

⁴⁰ Sul giansenismo di Domat ed i suoi rapporti con Pascal si v. J.P. HUERTIN, *Obliger à aimer les lois. Paradoxe de l'augustinisme juridique chez Jean Domat*, in *Jus publicum* n. 10 *La volonté général*, luglio 2013 nonché F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giu-snaturalismo laico*, II. *Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*, Milano, 1987. Quanto al legame tra l'ordine divino e quello della legge nella riflessione di Domat, si v. S. GOYARD-FABRE, *César a besoin de Dieu ou la Loi naturelle selon Jean Domat*, in H. MÉCHOULAN e J. CORNETTE, *L'Etat classique: regards sur la pensée politique de la France dans le second XVIIe siècle: teste*, Vrin 1996, 149 ss.

⁴¹ Ancora oggi, pur con la debita tara della mitizzazione della codificazione, il trattato di Domat viene considerato, per via della sua influenza sulla struttura del *Code civil*, "comme la préface au code napoléon": così J.P. HUERTIN, *Obliger à aimer les lois. Paradoxe de l'augustinisme juridique chez Jean Domat* cit.; sul punto si v. anche J. GHESTIN, *Jean Domat et le Code civil français*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: la comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio* (Mélanges R. Sacco), (a cura di P. Cendon), Milano, 1994, 2 vol., tome I, 533 ss., nonché D. GILLES, *Les Lois civiles de Jean Domat, prémices des Codifications? Du Code Napoléon au Code civil du Bas Canada*, in *Revue juridique Thémis*, Montréal, n. 43, 2009, 2 ss.

⁴² Sulla centralità dell'ordine nella teoria del diritto di Domat in cui la legge naturale e diritto positivo sono chiamati a coesistere, si v. Y.C. ZARKA, *Le fondement dans la pensée juridique de Jean Domat*, poi ripreso in *Domat: le fondement du droit*, in *Philosophie et politique à l'âge classique*, Paris, PUF, 1998, 218.

sembler selon le rang qu'elles ont dans le corps qu'ells composent naturellement; diviser chaque matière selon ses parties; & ranger en chaque partie le detail de ses definition, de ses principes & des ses règles, n'avancant rien qui ne soit ou clair par soi-même, ou precede de tout ce qui peut être nécessaire pour le faire entendre. Ainsi ce n'est pas un abrégé qu'on s'est propose de faire, ou de simples institutions; mais on a tâché d'y comprendre tout le detail des matières don't on droit traiter”.

Già nel libro preliminare delle sue *Lois Civiles* sono fissati i grandi principî che reggono l'intera struttura dell'opera e che permettono di distinguere tra le regole del diritto in generale, quelle destinate alle persone e quelle relative alle cose, cui segue una puntuale strutturazione della disciplina privatistica in una sequenza destinata ad incidere nelle scelte organizzative del futuro *Code civil*. Nella prospettiva dischiusa da Jean Domat, cui si collegherà il successivo ampio lavoro di Pothier⁴³, il superamento della frantumazione delle discipline privatistiche esistente nella Francia a cavallo tra Seicento e Settecento, non a caso considerata allora “plutot une fédération d'états distinctcs, qu'une patrie commun”⁴⁴, era stato collocato, del tutto chiaramente, a livello dell'indagine dottrinarie e della didattica del diritto in grado di toccare il diritto francese, quello romano e quello canonico. Non a caso il cancelliere D'Aguesseau⁴⁵, procuratore generale ed avvocato generale, oltre che uomo di vasta cultura, nei primi decenni del Settecento rimarcava⁴⁶ che il percorso di studi giuridici per i magistrati dovesse partire dai principî da apprendere “dans le

⁴³ Accanto ad un ampio lavoro di presentazione metodica delle pandette giustiniane e ad un commentario sur le coutume d'Orléans, Pothier ha elaborato numerosi trattati sulle materie fondamentali del diritto civile in una prospettiva sensibile al giuridismo di Grozio e di Pufendorf: su Pothier si v. la recente raccolta di saggi curata da A. TERRASSON DE FOUGERES, J.L. SOURIOUX, J. MONÉGER, *Robert-Joseph Pothier, d'hier à aujourd'hui*, Economica 2001.

⁴⁴ Così M. PARDESSAUS, *Discours sur les Ouvrages de D'Aguesseau* in H.F. D'AGUESSEAU, *Ouvres Complétés*, t. I, Parigi, 1819, xliii.

⁴⁵ Per una sintetica prospettazione della figura di D'Aguesseau, si rinvia per tutti al recente lavoro di M.F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Lumières de la pensée juridique: le Chancelier d'Aguesseau*, rinvenibile al sito www.courdecassation.fr; nonché alla monografia di I. BRANCOURT, *Le Chancelier Henri-François d'Aguesseau (1668-1751), Monarchiste et libéral*, Parigi, 1996.

⁴⁶ Nella convinzione “ce que l'on apprend de ce Droit dans les Ecoles, est plutot una préparation à l'étude qu'une étude véritable”.

texte meme des Loix”: di qui il suggerimento da un lato di concentrare l’attenzione sulle materie di maggiore uso ovvero su quelle più coese con le regole primarie del diritto naturale, dall’altro di prendere come guida Jean Domat “Jurisconsulte des magistrats”, ossia colui che aveva trattato tali materie appunto “avec le plus de méthode”⁴⁷. Al tempo stesso, però, l’opera di semplificazione e di razionalizzazione del diritto vigente affidata al lavoro della dottrina, a partire dagli ampi trattati elaborati da Domat, esigeva, secondo quel grande funzionario di Stato, anche una vasta operazione di politica del diritto indirizzata da un lato a riorganizzare la macchina giudiziaria, dall’altro ad una ampia operazione di semplificazione della legislazione che andasse ben oltre la sola raccolta ragionata delle ordinanze cui provvide peraltro egli stesso con risultati di non poco rilievo⁴⁸. Nel corso del temporaneo esilio a Fresnes, ossia tra il 1718 ed il 1720, D’Aguesseau affidò ad una memoria questo progetto finalizzato ad “une réformation solide et sérieuse de la justice”⁴⁹. Al primo punto di questo progetto egli collocava “le fond des matières même qui son l’objet de la jurisprudence”. Al riguardo, secondo D’Aguesseau, bisognava “réformer les lois anciennes, en faire de nouvelles, et réunir les unes et les autres dans un seul corps de législation” in modo da mettere a disposizione dei giudici, degli operatori del diritto e di coloro “qui veulent acquérir la science du droit” “une espèce de code qui devînt le sujet fixe e certain de leur application”⁵⁰, in luogo della farraginoso massa di discipline allora vigenti. Pur riconoscendo di essere di fronte ad una impresa “lounge, vaste et pénible”⁵¹. Sulla scia delle iniziative che riscontrava in atto negli altri Paesi europei, D’Aguesseau si preoccupò in quella memoria di fissare alcuni passaggi anche procedurali per conseguire tale risultato⁵². Quel fine

⁴⁷ Tutte le citazioni sono da H.F. D’AGUESSEAU, *Instruction sur l’étude et les exercices* in ID., *Ouvres*, t. I, Paris, 1759, 388 ss.

⁴⁸ In questo quadro, infatti si collocano le sue iniziative culminate nella tre *ordonnances* relative rispettivamente alle donazioni (1731) ai testamenti (1735) e alle sostituzioni (1747).

⁴⁹ Si tratta dello scritto dal titolo *Sur les Vies générales que l’on peut avoir pour la Réformation de la Justice* che si trova in D’AGUESSEAU, *Ouvres Complètes*, Parigi, 1819, t. 13, 200 ss.

⁵⁰ Le citazioni sono tratte da H.F. D’AGUESSEAU, *op. ult. cit.*

⁵¹ D’AGUESSEAU, *op. cit.*, t. 13 cit., 202.

⁵² La sua attenzione, in particolare, si concentrò sull’area giuridica più complessa del *droit civil ou séculier*, ossia del *droit privé* nella lucida consapevolezza del dualismo

uomo delle istituzioni ben riconosceva che non si trattava di comporre una legge come tutte le altre, in quanto il diritto civile “embrasse une infinité d'idées, de réflexions, de raisonnemens meme sur les premiers principes de l'équité et de la justice naturelle”, sicché esso viene percepito “comme une espèce de droit commun”⁵³. In questo senso, non poteva certo pensarsi di trasfondervi tutto il diritto romano, “parce que la loi n'enseigne pas ces premiers principes, elle les suppose, elle est faite non pour raisonner, mais pour commander”⁵⁴. Si trattava fondamentalmente di ricavare dal diritto romano “toutes ces notions générales de raison, de justice, d'équité”, per ridurle “à ce qui est véritablement de décision, et qui doit servir de loi”, con la conseguenza ulteriore di modificare gli stessi processi di formazione giuridica degli operatori del diritto a partire dai magistrati sino ad allora indirizzati allo studio del diritto romano: il principale obiettivo del progetto di tale legge generale era dunque quello di “renfermer dans un seul livre la science de tout ce qui est nécessaire aux magistrats de savoir”⁵⁵. Al tempo stesso, ai fini della costruzione di una *loi générale et uniforme*, destinata ad abbracciare le province in cui vigevano i diversi diritti consuetudinari, era indispensabile altresì riprendere l'antica aspirazione di procedere alla riduzione di tutte i costumi ad uno solo da erigere a loro *loi générale*⁵⁶: a questo riguardo, secondo D'Aguesseau, la risposta non poteva che essere articolata⁵⁷. In questa linea, molti anni dopo, a proposito di una ordonnance adottata per uniformare la disciplina in materia testamentaria egli di-

esistente nella realtà francese per via della presenza di province regolate dal diritto romano e di altre regolate dal *droit coutumier* e, dunque, del diverso impatto che la fissazione di una *loi générale* avrebbe sortito in tali territori.

⁵³ D'AGUESSEAU, *op. cit.*, t. 13 cit., 205-206.

⁵⁴ D'AGUESSEAU, *op. cit.*, t. 13 cit., 206.

⁵⁵ Le citazioni sono tratte da D'AGUESSEAU, *op. ult.*, t. 13 cit., 206-207.

⁵⁶ È stato osservato, infatti, che “Sécuriser et simplifier le droit, tel fut l'objectif premier de tous les rois de France constamment habités par ce souci d'unification”: così A. RIGAUDIÈRE, *Un rêve royal français: l'unification du droit*, in *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 2004, n. 4, 1557 nel ripercorrere sinteticamente la storia giuridica francese dal XIII secolo.

⁵⁷ In particolare, soltanto nell'ambito del diritto consuetudinario destinato a disciplinare i rapporti della società civile, ossia quelli che riguardano les droits ordinaires des particuliers dans leurs, si sarebbe dovuto procedere a ridurre i costumi ad uno solo engagements, dans leur dispositions et dans leurs successions: così D'AGUESSEAU, *op. cit.*, t. 13 cit., 211.

fendeva la riforma: “l’essential est que la pureté des principes et le véritable esprit du droit nouveau soit bien conservé dans une pareille loi, comme il l’est, en effet, dans *celle* des testaments; et il sant que chaque parlement sacrifie ses opinions particulières au grand bien de l’unité de la loi et de l’uniformité jurisprudence...”⁵⁸.

In questa prospettiva, tra la fine del Seicento e buona parte del Settecento molte sono state in Francia le iniziative culturali indirizzate alla razionalizzazione dei diversi *droit coutumiers* presenti nei territori francesi. Nelle manifestazioni più significative, peraltro, la metodologia seguita si è ispirata pur sempre all’esigenza di ordinare il materiale normativo sulla base appunto di principî: ma questa volta il termine non si identifica soltanto con i criteri ordinanti del materiale giuridico, elaborati dalla dottrina, ma designa anche i definitivi precipitati disciplinari, ossia le regole da codificare. Ci si riferisce, al riguardo, al lavoro di Bourjon il cui titolo stesso, *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*⁵⁹ segnala la lucida messa a punto del percorso indispensabile per dare ordine ad un materiale vasto e molteplice già presente. Nell’illustrare il suo progetto, Bourjon appare infatti consapevole circa il corretto modo di procedere. A suo dire “Toutes les difficultés consistent à se former des idées juste, precise & completes. Pour parvenir à ces trois fins, il faut démêler les principes étouffés, dispersés, les faire connoître complets, liés, relatifs & conséquens; ces qualités seront sensibles, si en faisissant leur ordre on retranche ce qui les empêche de paroître tels, comme ils le sont essentiellement; par ce moyen on parviendra à un corps complet & régulier que la Coutume suppose, & qui est son vrai commentaire”. Nel quadro dei molteplici passaggi necessari per ridurre in puntuali regole il complesso diritto consuetudinario, al punto 5, presente nella parte II della Introduzione⁶⁰ all’articolato da lui proposto, Bourjon evidenziava la necessità appunto di “Reduire la Coutume & toutes les

⁵⁸ Così nella lettera del 7 aprile 1736 compresa nella Correspondance Officielle che si legge in D’AGUESSEAU, *op. cit.*, t. 12 Parigi, 1819, 373-374.

⁵⁹ Il titolo dell’opera di F. BOURJON, edita a Parigi nel 1747 nell’edizione aggiornata qui presa in considerazione, così proseguiva “Tirés des Lois, des Ordonnances, des Arrêts, des Juriconsultes & des Auteurs, & mis dans l’ordre d’un Commentaire complet & méthodique sur cette Coutume”.

⁶⁰ Ci si riferisce alla *Dissertation sur l’Union du droit commun de la France avec la Coutume de Paris, contenant le plan de ce Commentaire* elaborata da Bourjon e presente in testa al tomo I dell’opera.

suppositions qu'elle fait, aux principes & aux décisions, parce que les principes rapprochés sont plus conséquents & plus sensible, que lorsqu'ils sont divisés & coupés par des preuves; une majestueuse simplicité leur est naturelle: reductio d'ailleurs sans laquelle il seroit impossible de parvenir au point de vûe général qui est l'ame de la Jurisprudence; négliger cette reductio ce seroit couvrir, ce seroit anéantir ce point de vûe général". Pur nell'indubbia differenza nei contenuti delle norme, dovuta al mutato orizzonte ideale e politico in cui andrà ad iscriversi la codificazione napoleonica, è difficile disconoscere da un lato i punti di contatto tra la metodologia suggerita da Bourjon nel *drafting* relativo al *droit coutumier*, che rispondeva ad un frutto ormai maturo di un ampio lavoro collettivo della cultura giuridica d'oltralpe, e quella di cui si farà portavoce lo stesso Portalis nel corso della codificazione napoleonica, dall'altro la distanza sempre più marcata dalle suggestioni giusnaturalistiche dovuta all'egemonia (se non al monopolio) ormai acquisita da parte del legislatore nella produzione del giuridico, quale che fosse poi la stessa qualificazione del prodotto in termini di regola o di principîo.

Infatti, nel suo *Discours relatif a la publication, aux effets et a l'application des lois en général*⁶¹, Portalis affrontò il tema del rapporto tra la giurisprudenza (nel senso della scienza del diritto) e la legislazione. In particolare, egli prendeva posizione rispetto all'impostazione secondo la quale spetterebbe alla scienza fornire tutti i materiali della legislazione, sicché se la prima abbraccia tutto ciò che si può offrire *à l'esprit*, spetterebbe alla legislazione selezionare tutto ciò che può interessare direttamente la società. Rispetto a questa distinzione, per cui il compito della legge non sarebbe altro che quello di ordinare, permettere, vietare e punire e dunque non dovrebbe limitarsi a proclamare principî, Portalis si preoccupò di ricondurre i principî nell'area del diritto scritto, anche a costo e non senza ambiguità, di sovrapporli quanto a significato alle "regole di portata generale"⁶².

A suo dire, infatti, il termine *ordonner*, quale espressione del compito spettante al legislatore, ha un significato ben più ampio di quanto si possa pensare. Esso non sarebbe limitato ad un comando preciso su un oggetto ben delimitato destinato ad abbracciare tutte

⁶¹ In J.E. PORTALIS, *Discours, Rapports et Travaux Inédits sur le Code Civile*, Parigi, 1844, 118 ss.

⁶² J.E. PORTALIS, *op. loc. cit.*

le disposizioni che regolano la condotta umana, siano esse generali o particolari. Portalis condivide l'osservazione secondo la quale "*un principe n'est point une disposition*", ma prontamente aggiunge che "un principe devient une disposition, quand il est sanctionné par la puissance législative". Per chiarire questa conclusione così prosegue: "Avant la sanction publique, un principe n'est que le résultat d'un ou de plusieurs raisonnements que d'autres raisonnements peuvent atténuer ou obscurcir. Après la sanction publique, un principe devient un fait positif qui termine tous les raisonnements et toutes les incertitudes. Un principe, tant qu'il n'appartient qu'à la science, n'est qu'une thèse philosophique qui peut être controversée: mais quand un principe appartient à la législation, il devient une règle qui doit être obéie. Les principes, dans le sens que l'on attache à ce mot, sont indiqués par la raison: les règles sont fixées par l'autorité. Les principes sont appris, inspirés ou découverts: les règles sont établies". Il passo è breve, mette conto osservarlo, perché il termine principî si trasforma nella prospettiva del nuovo *Code civil* in quella delle semplici regole generali. Lo stesso Portalis nel suo famoso discorso preliminare al *Code civil* ben poteva così rilevare "L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit: d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière" e, al tempo stesso concludere, che "C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application"⁶³.

4. *I principî nell'elaborazione assiomatica del diritto naturale*

All'atteggiamento fondamentalmente pragmatico e, sia pur limitatamente razionalistico, proprio della cultura giuridica francese e che permette di legare i propositi riformatori di Du Moulin alle attività intraprese da Domat e da D'Aguesseau, considerate preparatorie rispetto alla stagione successiva che ha registrato le indagini di

⁶³ J.E. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil*, in ID., *Discours, Rapports et Travaux Inédits sur le Code Civil*, cit., 8. Riecheggia nelle parole di Portalis quanto già osservato molti decenni prima da cancelliere D'Aguesseau, in *Mémoires sur la réforme de la législation*, che si legge in F. MONNIER, *Le chancelier d'Aguesseau*, Parigi, 1860, 457 ss., in part. 459, secondo cui "La loi ne doit être que l'expression d'un principe. C'est au législateur à la proposer aux parties, à fournir les espèces particulières, et au juge à faire dans chaque espèce l'application du principe general".

Pothier⁶⁴ e di Burjion intervenute a ridosso della caduta dell'Antico regime e del trionfo della borghesia consacrato nel *Code civil* napoleonico, l'esperienza giuridica europea premoderna ha conosciuto, nello stesso lasso di tempo, ossia tra Seicento e Settecento, anche un'altra prospettiva di trasformazione e di rivisitazione profonda del pensiero giuridico privatistico⁶⁵: quella del diritto naturale o razionale⁶⁶, caratterizzata, al suo interno, da un approccio più strutturato sul piano dogmatico e teorico e certamente decisivo per l'avvento di una scienza giuridica che fosse all'altezza dei mutamenti già emersi negli altri rami del sapere e che dunque potesse impegnarsi nell'edificare il giuridico in termini assiomatici.

Nella prospettiva delineata dalle diverse anime del giusnaturalismo europeo, una posizione singolare quanto fondamentale per il futuro della scienza giuridica europea spetta a Leibniz.

Nella linea "idealistica" del diritto naturale già presente in Grozio⁶⁷, Leibniz si è collocato in aperta polemica con l'indirizzo "volontaristico" proprio di Pufendorf⁶⁸ e che sulle orme di questo, troverà

⁶⁴ Quanto al convergente rilievo sulla codificazione civile di Pothier e di D'Aguesseau, si v. il prezioso lavoro di M.L. THÉZARD, *De L'influence des travaux de Pothier et du Chancelier D'Aguesseau sur le droit civil moderne*, Parigi, 1866.

⁶⁵ Nel testo si prospettano due indirizzi, quello razional-pragmatico emerso in Francia e quello del diritto naturale, laddove G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna* vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 97 ss., ne prospetta tre in quanto accentua le divergenze nell'area del diritto naturale tra l'indirizzo riconducibile a Pufendorf e quello riconducibile a Leibniz sì da rinvenirvi due distinti percorsi.

⁶⁶ In questi termini F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milano, 1980, 249 ss., il quale destina un capitolo proprio all'epoca del "diritto razionale".

⁶⁷ In questi termini, H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965, 217 ss.

⁶⁸ Nell'ambito della sua produzione giuridica, Leibniz ha più volte, anche attraverso libelli editi con pseudonimi, criticato l'impostazione di Pufendorf relativa al diritto naturale, con un giudizio sin troppo severo e polemico. Nella epistola VII contenuta nella sua *Opera omnia*, tomo IV, sez. III, Ginevra, 1768, Leibniz presenta Pufendorf come un "Vir parum Jurisconsultus & minime Philosophus" sì da concludere che "est ejus non magna apud me auctoritas" (sul carattere oltraggioso di questo giudizio e per una convincente rivisitazione della figura di Pufendorf si v. S. GOYARD-FABRE, *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, 1993). Quanto al contributo di Leibniz all'edificazione della moderna scienza del diritto, restano illuminanti le meditate riflessioni di M. BRE-TONE, *Il "Beruf" e la ricerca del "tempo classico"*, in *Quaderni fiorentini*, 1980, 203 ss. In ordine al conflitto intervenuto tra lo stesso Leibniz e Pufendorf, si v. il recente contri-

una più raffinata affermazione nel pensiero di Thomasius⁶⁹ e di Wolff: indirizzo che, a ben vedere, pur distinguendo tra diritto naturale e diritto positivo, finisce con il collocare il primo in una posizione sempre più debole e lontana, metagiuridica appunto, rispetto al secondo⁷⁰. Ebbene, sul presupposto della distinzione tra *diritto* e *legge* e l'irriducibilità del primo a comandi, siano essi di Dio o del sovrano, Leibniz ritiene possibile una conoscenza epistemica della giustizia per cui il diritto sarebbe conoscibile e calcolabile in quanto pur sempre ispirato al principîo di ragione e, come tale, destinatario di uno statuto epistemologico non diverso da quello proprio della scienze esatte⁷¹, in par-

buto di R. BERKOWITZ, *The Gift of Science. Leibniz and the Modern Legal tradition*, Harvard, 2005, 23 ss.; altri importanti rilievi si rinvengono in P. BECCHI, *Da Pufendorf a Hegel. Introduzione alla storia moderna della filosofia del diritto*, Aracne, 2007, 29 ss.; per altre indicazioni si consulti K. HAAKONSEN, *Natural Law and Moral Philosophy: From Grotius to the Scottish Enlightenment*, Cambridge, 1996, 46 ss.

⁶⁹ In realtà Thomasius, pur partendo dalle riflessioni di Pufendorf, si è progressivamente orientato in termini teorici verso l'impostazione di Leibniz: sul punto si v. per tutti, N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, Torino, 2009, 181 ss.

⁷⁰ Il progressivo spostamento dell'attenzione dal diritto naturale al diritto positivo, nel senso che al primo non spetterebbe alcuna funzione prescrittiva posto che ciò che regola l'attività umana è solo la legge positiva nello Stato, si conclude nell'ambito della scuola di Christian Wolff: per una sintesi si v. D. CANALE, P. GROSSI, H. HOFMANN, *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurispeudence*, Springer 2010, vol. 9, 167 ss. La medesima prospettiva si rinvie anche in Jo.G. HEINECCIUS, *Elementa juris naturae et gentium: commoda auditoribus methodo adornata*, Tipografia Balleoniana, 1764.

⁷¹ La suggerita applicazione da parte di Leibniz anche al diritto del metodo "dimostrativo", fondato su definizioni, e come tale in grado di essere del tutto autonomo dalla stessa concreta esperienza giuridica fattuale, ha costituito indubbiamente il segno di distinzione fondamentale rispetto all'approccio di Pufendorf: segno distintivo non a caso rivendicato con tono aspro da uno dei maggiori suoi seguaci Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Francoforte Lipsia 1740, il quale negava radicalmente la scientificità dell'elaborazione di Pufendorf relativa al diritto naturale (§ 2 p. 3), proprio perché secondo l'approccio rigorosamente scientifico lo "Jus naturae supponit Philosophiam practicam universalem" (§ 4 p. 5) nel senso che le dimostrazioni relative al diritto naturale "supponunt principia" ossia, secondo la logica, la presenza di veri e propri assiomi. Questo indirizzo metodologico presente nel pensiero giusnaturalistico ha indubbiamente contribuito a favorire l'approccio dogmatico nella scienza giuridica emersa nell'Ottocento tedesco, tuttavia nelle concrete dinamiche storiche in cui si è manifestato è risultato contraddittorio quanto alla sua complessa progettualità. La costruzione in via dimostrativa di un diritto razionale autosufficiente a vocazione universale è convissuto anche con la promozione di possibili interventi di politica legislativa finalizzati alla sola semplificazione e alla razionalizzazione del diritto allora vigente, ossia di un diritto che presentava una confusa articolazione in ordine sia alle fonti sia ai contenuti

ticolare la matematica⁷². Di qui l'obiettivo, presente nell'intero arco della sua operosa attività speculativa, "di ridurre tutto il diritto romano, tanto quello naturale quanto quello civile, ai suoi propri principî, che sono pochi, in modo che, sia pure attraverso un lavoro faticoso, tutte le leggi siano dedotte da questi ultimi una volta che siano stati individuati"⁷³. Su questa impostazione razionalistica⁷⁴ e antipositivistica, ripresa sia pure in una prospettiva diversa da Savigny nell'Ottocento⁷⁵, la semplificazione del diritto è affidata appunto ad una

disciplinari. L'opzione di cui si faceva interprete Pufendorf, per quanto meno impegnativa sul piano dogmatico alla luce del modello leibniziano, non solo rispondeva meglio alle esigenze di costruzione di un diritto razionale che fosse in dialogo con la concreta esperienza giuridica del tempo, ma, a ben vedere, negava in una visione più avanzata, che scienze naturali e scienze umane fossero rette dai medesimi principî: così, per questo ultimo profilo, P. BECCHI, *op. cit.*, 23; su Pufendorff, si v. la riflessione di S. GOYARD-FABRE, *Pufendorf et le droit naturel*, cit. Sulle convergenze e sulle divergenze presenti nei diversi approcci al diritto naturale e, in particolare, con riguardo alla prospettiva individualistica emergente si v. S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel* cit., 89 ss. Come è stato di recente rimarcato (si v. C. TORNHILL, *German Political Philosophy: The Metaphysics of Law*, Routledge 2007, 87 ss.), sia Pufendorf sia Leibniz riconoscevano "the paradoxical positivity of law as a central factual problem of social reality", ma si differenziavano nelle risposte avanzate.

⁷² Secondo T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, cit., 40, "è con Grozio e Leibniz che il diritto romano passa ad essere considerato non tanto come *ratio scripta*, quanto sistema matematico" per cui la sua considerazione quale rivelazione del diritto costante e universale resterà presente persino nella riflessione ottocentesca di Jhering.

⁷³ È questo il progetto di cui parla Leibniz già in una sua missiva a Johann Geor Graevius del 7 giugno 1671, in LEIBNIZ, *Samtliche Schriften und Briefe*, Akademie Verlag Band, II, 1 2006, 193: "Hunc ergo laborem in nos suscepimus, leges Romanas universas ad sua principia naturalia civiliaque quae pauca sunt, redigendi, vicissimque ex iis jam inventis, quod est taediosissimum, leges omnes deducendi". Secondo L. KLAUS, *Leibniz's Concept of jus naturale and lex naturalis - defined with "geometric certainty"*, in L. DASTON e M. STOLLEIS (a cura di), *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe: Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy* Ashgate cit., 183 ss., lo scopo più ambizioso perseguito da Leibniz come giurista "was not the creation of a scientific system of legal rules, but the formation of a comprehensive code of law for German Empire".

⁷⁴ Sulle peculiarità del razionalismo in Leibniz, si v. la raccolta di saggi curata da M. DASCAL, *Leibniz: What Kind of Rationalist?*, Springer 2008.

⁷⁵ Infatti, nell'indagine di Savigny, pur richiedendosi una costruzione logicamente coerente ed ordinata, il processo costruttivo da un lato era rovesciato, in quanto dalla norma era necessario risalire ai principî, dall'altro non si esauriva sul solo piano della logica formale sì da restare ancorato alla configurazione del sistema come "esterno" rispetto al diritto: sul punto si v. da ultimo P. BECCHI, *op. cit.*, 34 ss.; rilievi preziosissimi

rivoluzione metodologica della scienza giuridica e del suo insegnamento⁷⁶: rivoluzione per via della quale al centro andava posta l'individuazione del fondamento e della ragione delle regole, ossia dei *principia juris* che, sulle orme di Euclide, costituiscono appunto gli elementi del diritto⁷⁷ con l'adozione di un metodo espositivo volto ad armonizzare le esigenze rispettive del diritto e della logica⁷⁸. Nell'ambito di questi ultimi, subito dopo i principî generali della giustizia, si collocava il diritto privato, "ossia le norme della giustizia commutativa, intorno a ciò che vige tra gli uomini in quanto siano consi-

in P. CAPPELLINI, *Systema iuris I, Genesi del sistema e nascita della scienza delle Pandette*, Milano, 1984. Invero, solo con Savigny comincia ad emergere la netta distinzione tra la sistematica, ossia la sistematizzazione estrinseca del materiale giuridico già dato, al fine di eliminarne il disordine, e la costruzione del sistema "interno" al diritto stesso: così M. BARBERIS, *L'evoluzione del diritto*, Torino, 1998, 167. Sul rapporto tra la concezione storica del diritto di Savigny e gli esiti della sua scuola contraddistinti da una elaborazione puramente concettuale e sistematica, nel senso che la particolare concezione storica del diritto della scuola storica avrebbe portato ad una idea antistorica del diritto, si v. le fini osservazioni di E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari, 2010, 14 ss. Più in generale, sul tema si v. ora G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, cit.

⁷⁶ Il programma di Leibniz è presente già nella opera giovanile *Nova Methodus Discendae Docendaeque Iurisprudentiae* del 1667, che può oggi leggersi anche nella traduzione di recente curata da C.M. DE IULIIS, *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza*, Milano, 2012. Già in quell'opera si pongono le basi di una svolta metodologica che, partendo dal linguaggio giuridico e dall'individuazione dei concetti giuridici, prospetta la possibilità di elaborare un nuovo corpo del diritto (parte II § 22) che sia "plene, breviter, ordinate": su questa opera leibniziana si rinvia a C. VASOLI, *Enciclopedia, pansofia e riforma «metodica» del diritto nella «Nova Methodus» di Leibniz*, in *Quaderni fiorentini*, 1977, 37 ss. e al più recente contributo di C.M. DE IULIIS, *Leibniz e la scienza giuridica tra topica e dogmatica*, in G.W. LEIBNIZ, *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza*, cit., V ss. Sul contenuto teorico della impostazione suggerita da Leibniz fondata su "soggetti, oggetti ed atti", accanto alle dense considerazioni di T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica* cit., si v. il recentissimo lavoro monografico di C. JHONS, *The Science of Right in Leibniz's Moral and Political Philosophy: The Science of Right*, A&C Black 2013.

⁷⁷ Circa il carattere assiomatico del razionalismo giuridico di Leibniz, si v. le puntualizzazioni di P. BOUCHER, *Leibniz: what Kind of Legal Rationalism?*, in M. DASCAL, *Leibniz: What Kind of Rationalist?: What Kind of Rationalist?*, cit., 235 ss.; sul punto v. anche S. BREWER, *Law, Logic, and Leibniz' Axiomatic Vision of Law: a Contemporary Perspective*, in A. ARTOSI, B. PIERI, G. SARTOR, *Leibniz: Logico-Philosophical Puzzles in the Law*, Springer, 2013, 199 ss.

⁷⁸ In questi termini, a proposito della trattazione giovanile di Leibniz sulle *disputationes De conditionibus* del 1665 e del 1669, P. BOUCHER, *Introduction a LEIBNIZ, De Conditionibus*, Vrin, 2003, 12.

derati uguali”⁷⁹: diritto il cui precetto principale è rappresentato dal “neminem laedere”, in quanto “precetto della giustizia particolare commutativa, e ordina di conservare un’eguaglianza geometrica, evitando che uno abbia meno di prima, un altro di più, dovendo gli uomini essere considerati tutti eguali, senza nessuna prosòpolèpsi”⁸⁰.

A ben vedere, le aspirazioni di cui si faceva portatore Leibniz nell’operare nell’ampio scenario europeo, finivano con il conciliarsi, come lui stesso ebbe a riconoscere, negli anni maturi della sua vita, con le iniziative che tra fine Seicento ed inizi del Settecento erano emerse nell’esperienza francese. In una lettera del luglio 1716, infatti, Leibniz si esprimeva a favore di una semplificazione del diritto vigente, in termini dunque di sistematizzazione, che potesse portare all’elaborazione di un *Codex brevis, clarus, sufficiens*⁸¹.

Nella raffinata prospettiva teorica offerta da Leibniz, il processo con cui realizzare siffatto Codex ben poteva, in definitiva, risultare in linea con le stesse metodologie con le quali, a suo dire, la sapienza giuridica era chiamata ad interpretare ed elevare a sistema la legislazione. Nello scritto su *De legum interpretatione, rationibus, applicatione, systemate*^{82, 83}, a proposito “de methodo legum seu de syste-

⁷⁹ Così, LEIBNIZ, *Elementi di diritto naturale*, in ID., *Scritti politici e di diritto naturale*, a cura di V. Mathieu, Torino, 1951, 124.

⁸⁰ LEIBNIZ, *op. ult. cit.*, 136.

⁸¹ Nell’epistola XV in *Opera omnia*, tomo IV, sez. III, Ginevra, 1768, 269 così ebbe ad esprimersi Leibniz: “Interea fateor, optandum esse, ut veterum legum corpus apud nos habeat vim non legis, sed rationis, & ut Galli loquuntur, magni Doctoris; & ex illis aliisque patria etiam juris monumentis, usuque praesenti, sed in primis ex evidenti aequitate novus quidam Codex brevis, clarus, sufficiens, auctoritate publica concinnetur; quo jus multitudine, obscuritate, imperfectione legum, varietate tribunalium disceptationibus peritorum, obtenebratum, & ad miram incertitudinem redactum, in clare tandem luce collocetur”. L’esigenza avvertita da Leibniz circa l’elaborazione di un *codex sufficiens* – espressione alla quale potrebbe accostarsi quella assai risalente dello stesso Du Moulin laddove auspicava l’elaborazione di un *absolutissimus libellus* – evidenza che, sia pure in un quadro teorico insufficiente, il *codex* non appariva soltanto come punto di arrivo di una semplice sistemazione “esterna” del materiale giuridico, ma evocava, al tempo stesso, la presenza un sistema autonomo e autosufficiente del diritto, ossia sempre in grado di trovare al proprio interno risposte.

⁸² Lo si legge in G. MOLLAT (a cura di), *Mittheilungen aus Leibnizens ungedruckten Schriften*, Leipzig, 1893, 71 ss.

⁸³ Nel *Vorarbeit* destinato a tale lavoro (lo si legge in LEIBNIZ, *Textes inédits: d’après les manuscrits de la bibliothèque provinciale de Hanovre* a cura di Gaston Grua, Parigi, 1948 ed ora anche in Leibniz, *Sämtliche Schriften und Briefen Band VI 4*, 2791) si rinviengono i seguenti passaggi: Jus Civile est Systema Legum Civitatis; Civitas est societas

mate ex pluribus legibus concinnando”, Leibniz rileva innanzitutto che “in hoc systemate spectanda est tum materia tum forma seu ordo”. Sul primo punto, prosegue Leibniz, “materiam systematis fa-

inita felicitatis causa; Lex est enuntiatio circa agenda aut omittenda vim cogendi habens; Systema est collectio enuntiationum apta ad docendum; Circa Enuntiationes singulas versari possumus, vel interpretando, vel argumentando.

Sul *Systema iuris* in Leibniz si v. da ultimo R. BERKOVITZ, *op. cit.*, 54 ss. La letteratura giuridica dell'epoca non sempre utilizza il termine *systema*, come più volte si rinviene in Leibniz (il quale espressamente parla di *systema juris*) e preferisce quello di “complexio legum” (a titolo es. si v. HEINECCIUS, *op. cit.*, § 12, p. 11 secondo cui “jus naturae est complexio legum ...”). Sulla derivazione leibniziana del titolo dell'opera di SAMUEL COCCEJI, *Novum sistema iustitiae naturali set romanae*, Halae 1750, si v. P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, 2010, 116 ss. In realtà, è indubbio che, anche alla luce di ciò che stava avvenendo in quel medesimo periodo storico nelle scienze c.d. esatte, il termine sistema risulta riferirsi fondamentalmente alle sole connessioni logiche ed assiomatiche in base alle quali è possibile da parte dei giuristi mettere ordine tra le leggi (con la stessa possibilità di una articolazione pluralistica: si v. a questo riguardo J.A. ICKSTATT, *Meditationes prealiminales de studio juris ordine atque methodo scientifica instituendo*, Engmann 1731, § XXX, 212, secondo il quale “Quodsi Leges dicto modo ex principiis certis & evidentibus, definitionibus, axiomatis, propositionibus demonstratis, Legibus, & factis antecedaneis demonstrentur, veritas unius Legis per alias tamquam per principia eruitur; connectus adeo inter se Leges (Wolff, Log. Lat. § 877) Complexus Legum inter se & cum principiis suis connexarum sistema Juris audit; quod pro diversitate Legum varia fortitur nomina, sic aliud erit systema juris naturalis, aliud publici, aliud canonici, aliud Civilis, &c”). In altre parole, ci si avvale fondamentalmente della stessa metodologia utilizzata anche negli altri rami del sapere, per cui il sistema si riferisce alle proposizioni scientifiche che descrivono dall'esterno una certa realtà, piuttosto che all'ordine insito nella singola materia oggetto di indagine scientifica, ossia all'ordine *interno* allo stesso diritto, come tale aventi proprie e specifiche peculiarità. Sul punto, si rinvia per tutti a M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I *Dalle origini alla Scuola storica*, Milano, 2002; fondamentali le ricerche storiche di P. CAPPELLINI, *Systema iuris I, Genesi del sistema e nascita della scienza delle Pandette*, cit.; quanto al passaggio nella riflessione giuridica dal sistema assiomatico-deduttivo proprio della logica a quello assiologico o teleologico alla base della moderna scuola ermeneutica, si rinvia per tutti a C.W. CANARIS, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, Napoli 2009. Diverso è il versante in cui si collocano le più recenti teorie sociologiche sul sistema giuridico (si pensi a FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1978 nonché, in particolare, a Luhman cui si deve la più articolata teoria dei sistemi sociali – si v. infatti *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 2001 nonché il recente lavoro *Il diritto della società*, Torino, 2013). Infatti, nella lettura sociologica il sistema giuridico non riguarda solo il diritto (materiale), ma comprende anche l'intero apparato organizzativo, ivi compreso quello giudiziario e quello degli operatori del diritto, che permettono il funzionamento delle regolamentazione giuridica, e si presenta come sottosistema nell'ambito del più ampio e complessivo sistema sociale. Per una recente riflessione sui diversi significati del “sistema giuridico” si v. G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, cit., 3-194.

ciunt leges ipse, in quibus illud observandum est, quod in lapidibus, ex quibus molimur aedificium. Debent enim ita esse secti, ut inter se commode firmiterque conjungi possint deinde ut nullus sit locus vacuus. Ita in legibus coordinandis requiritur, tum ut ne pugnet inter se, tum ut nullum negotium dubium relinquant. Tale systema legum hactenus quidem non exstat. Quin tament possit confici, ego dubitare non possum”⁸⁴.

A fronte delle perplessità che su questo specifico punto Leibniz registrava nel volgo, fondate sulla considerazione che essendo i *negotia infinita*, sarebbe al di là delle capacità umane una loro completa individuazione, il grande filosofo-giurista, pur condividendo l'impossibilità di operare in questa ultima direzione, replicava in primo luogo: “Sed qui universalia novit, is facile innumerabilem rerum copiam in classes dividere potest, ita ut nihil eum effugere possit”. Quanto, poi, all'obiezione circa la possibile presenza di eccezioni rispetto alla legge, secondo Leibniz: “Respondendum est singulas quidem leges possa habere exceptiones, sed totum sistema legum debere exceptionibus carere. Leges enim sese invicem limitant, et ex una lege sumi ipotest regula, ex alia exceptio, rursus ex alia replicatio et ita porro. Inde nascitur mirificum leges ferendi compendium et apparet, quomodo paucae leges complecti possint casus innumerabiles, quoniam paucarum legum innumerabiles possunt fieri combinationes inter se pro negotiis scilicet oblatis”.

Nella prospettiva lucidamente segnalata, le considerazioni conclusive della riflessione di Leibniz erano destinate al tema del *drafting* complessivo del giuridico “ut jus in artem redigatur”. Al riguardo, egli prospettava una diversa modalità operativa secondo che ci si riferisca al giudice, ai soggetti privati ed agli eorum(ve) adocatis, ovvero al legislatore o chi “legis latoris vice fungitur, i. e. cui juris supplendi atque interpretandi potestas concessa est”. A voler qui soffermarsi sulla sola figura del legislatore⁸⁵, Leibniz così rimarcava:

⁸⁴ *De legum interpretatione, rationibus, applicatione, systemate*, cit., 82.

⁸⁵ Quanto alle altre due figure, le osservazioni di Leibniz meriterebbero riflessioni molto ampie. Ci si limita qui a riportare le sue parole: “Nam si iudici scribamus, enumeranda sunt remedia juris sive postulationes earumque exceptiones, ut statim appareat, quaenam postulationes admittendae sint aut rejiciendae vel moderandae. Si scribamus privatis eorumve adovocatis, vitam remque familiarem hominis percurreremus et, quodnam ex quoque factus jus ei nascatur, dicemus. Eaque ratione juris cognitio pars est scientiae oeconomicae”.

“tractandum est jus per causas dandaque opera est, ut omnia reducantur ad paucas quasdam regulas rationesve, adnotatis tamen placitis irregularibus, velut exceptionibus. Nam quae contra rationem juris recepta sunt, ad consequentia trahi non debent”.

A conforto di queste considerazioni, Leibniz concludeva, riprendendo le sue convinzioni in ordine alla scientificità del diritto, nella consapevolezza, al tempo stesso, della molteplicità dei registri comunicativi: “Haec tradendi rationem scientialis est. Priores magis indicum rationem habent, prorsus quemadmodum geometria dupliciter in systematis formam redigi potest, uno modo scientifico, quem tradidit Euclides, per rationes, altero practico pro illis, qui propositiones scire satis habent, etsi rationes non intellegant”.

In definitiva, sulle orme del lavoro analitico posto in essere da Pufendorf nella sua fondamentale opera *De jure naturae et gentium*, edita nel 1672, tutta la riflessione ispirata al diritto naturale da una parte ha invocato la presenza di principî fondamentali su cui costruire il diritto, dall'altra ha utilizzato sempre di più i principî come paradigmi per la prospettazione ordinata e sistematica delle regole del diritto privato⁸⁶. È significativa l'insistenza con cui già nei titoli stessi delle opere più importanti della letteratura giuridica che ha preceduto la codificazione civile di fine settecento si ponesse attenzione centrale al tema appunto dei principî.

Come è stato osservato⁸⁷, è possibile cogliere un singolare filo rosso che lega i lavori di Pufendorf alla letteratura giuridica pur sempre di scuola o di ispirazione giusnaturalistica emersa sino alle soglie della rivoluzione francese. A questo riguardo, già può dirsi di per sè eloquente che a distanza di pochi decenni dalla sua edizione originale in latino, la versione francese del lavoro di Pufendorf, elaborata da BARBEYRAC nel 1706, contenesse nel titolo stesso il riferimento ai principî in quanto presentata come *Le droit de la nature et des gens*

⁸⁶ Nella prospettiva di indagine offerta da Pufendorf e da Samuel von Cocceji si iscrive peraltro l'ampia attività di Johann Gottlieb Heineccius, “l'eruditissimo poligrafo di antichità giuridiche e giurista dai molteplici meriti” (così R. ORESTANO, *Norma statuta e norma statente Contributo alle semantiche di una metafora*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983, 325) dottissimo studioso oltre che fine umanista, a partire da i suoi *Elementa juris naturae et gentium* pubblicati a Ginevra nel 1744 e che si rinvencono in ID., *Operum ad universam Juris Prudentia*, Ginevra, 1744.

⁸⁷ Ci si riferisce al pregevole lavoro di tesi elaborato nel 1997 da P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, 15 ss.

ou système des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique. A sua volta, DE VATTEL, nella sua opera del 1758, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* del 1758, pur occupandosi del solo diritto internazionale, si richiamava ai principî sulle orme di Barbeyrac, traduttore di Grozio e di Pufendorf. Ed è proprio sotto l'influenza di Barbeyrac che BURLAMQUI, nei suoi *Principes du droit naturel*, del 1747⁸⁸, poi confluiti nel più ampio lavoro *Principes du droit naturel et politique* del 1763, a sua volta provvede ad illustrare in maniera chiara ed equilibrata la tradizione del diritto naturale che si era andata consolidando nel tempo. Per altro verso, non può sottacersi che, anche oltre la letteratura che si ispirava a Pufendorf – si pensi, più in generale, a quella francese intervenuta nel dibattito filosofico – l'esperienza giuridica d'oltralpe registrò in quel medesimo tempo la presenza di una produzione culturale certamente minore quanto a spessore teorico, ma che concentrava la sua attenzione proprio sui principî operativi del diritto privato: significativi al riguardo i lavori rispettivi di DESBANS⁸⁹ e, soprattutto, di D'AUBE⁹⁰.

Nel quadro del progressivo affermarsi dell'esigenza di andare oltre il processo di semplificazione e di ricognizione del diritto vigente, attraverso una opera di sistemazione guidata da principî generali, l'affacciarsi sulla scena della storia direttamente del fenomeno della codificazione pose immediatamente in chiaro le ambiguità e gli equivoci relativi al concreto contesto socio-politico in cui tale processo era allora in concreto calato. Infatti, il ricorso ai principî generali anche solo in vista di una prospettazione semplificata del diritto privato risultava sempre più consapevolmente necessario, per cui un comune denominatore nella letteratura di epoca illuministica si rinviene agevolmente sia nella crescente quanto diffusa critica circa l'inadeguatezza del modello giustiniano, carente alla base di principî generali⁹¹, sia nell'insoddisfazione per un diritto, come quello ro-

⁸⁸ Tale opera di Burlamqui venne elaborata anche in lingua latina in una diversa edizione pubblicata a Ginevra nel 1754 con il titolo *Elementa juris naturalis*.

⁸⁹ L. DESBANS, *Les Principes de droit et de la politique*, Parigi, 1765.

⁹⁰ F.R. D'AUBE, *Essai sur le principes du droit et de la morale*, Parigi, 1743.

⁹¹ Al riguardo, si considerino la sintetica osservazione svolta da A. VERRI, *Di Giustiniano e delle sue Leggi*, in *il Caffè*, t. I, Venezia, 1766, 218, il quale, nel criticare la codificazione giustiniana proprio perché non aveva fissato "principî generali", così osservava: "Un legislatore, che nel formare un codice, non si limita ai principî generali, dai

mano, che, nell'aver ammesso lo *jus controversum*, sembrava rinunciare alla ricerca della certezza.

Per altro verso, risultava altresì evidente il limite strutturale immanente a siffatto processo di “consolidazione” (non certo di effettiva “codificazione” in quanto indirizzato soltanto alla semplificazione ed alla contrazione degli indici disciplinari vigenti), finché esso fosse rimasto, per quanto corretto e mitigato dagli influssi giusnaturalistici, nella cornice politico sociale dell'*Ancien Régime*: la persistente presenza di diversi *status* per i soggetti e di articolati privilegi militava senza dubbio a favore della sopravvivenza di una frammentazione del diritto privato⁹². Come dire, dunque, che il livello di astrazione dei principî cui richiamarsi, era direttamente legato, anche nei suoi precipitati contenutistici, al modello sociale ovvero ai mo-

quali dedurre tutte le conseguenze, per quanto si può formerà una vasta biblioteca, di per lo meno, inutili volumi”. Osservazione, quella di Verri, per certi versi profetica ove si consideri l'*Allgemeines Landrecht* adottato da Federico II di Prussia nel 1794, composto di oltre 17 mila articoli ed il quale restava in perfetta sintonia con gli assetti sociali ed economici dell'Antico Regime: lucidissima, al riguardo, la prospettiva critica verso tale codice avanzata da A. DE TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, Milano, 2004, 266 secondo il quale “sotto una testa tutta moderna” si vedeva apparire “un corpo tutto gotico”. Ben più analitiche e puntuali sono, viceversa, le critiche al Digesto giustiniano prospettate da SAMEUL VON COCEJI nella prefazione al suo *Project du corps de droit Frederic ou corps de droit* (così nella versione francese del 1751), elaborato per Federico di Prussia: progetto che, a ben vedere, pur dichiarando di ispirarsi al diritto naturale si limitava in effetti a riprendere molti contenuti del diritto romano per poi essere sconfitto nelle successive scelte che portarono all'adozione dell'*Allgemeine Landrecht* prussiano del 1794.

⁹² La consapevolezza politica del percorso indispensabile per l'effettiva introduzione di un diritto privato comune si rinviene in maniera piena nel preambolo della Costituzione francese del 1791 che così si esprime: “L'Assemblée nationale, voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivent, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'aucun office public. Il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français. Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers. La loi ne reconnaît plus ni vux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels, ou à la Constitution” [la sottolineatura è nostra].

delli sociali cui si intendeva fare riferimento e, dunque, a scelte politico-ideologiche di fondo che andavano ben oltre la soglia delle sole tecniche di *drafting*, ossia di confezionamento di un diritto privato chiaro e certo sulla base di principi generali e nel rispetto del *mos geometricus* e del modello cartesiano ormai consolidantisi nell'approccio anche delle scienze sociali⁹³.

Nella sintetica parabola qui delineata, può allora ritenersi esemplare il *Project du Corp de Droit Frederic ou Corp de Droit*, elaborato da Samuel von Cocceji alla metà del Settecento, sulla base delle sollecitazioni avanzate nel 1749 da Federico di Prussia nella sua *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois*, e però rimasto incompiuto e comunque non adottato⁹⁴ per via delle scelte relative alla codificazione accolte in Prussia nei successivi anni⁹⁵. In particolare, nella *Preface* che accompagna la prima parte di quel progetto, destinato ad avere ampia diffusione in Europa con repentine traduzioni in francese e in inglese, Samuel von Cocceji torna con insistenza, per-

⁹³ In definitiva, la prospettiva individualistica alla base della moderna codificazione, non a caso considerata di rilevanza costituzionale, era impensabile ed impraticabile in una struttura sociale fondata sugli *status*: su questa considerazione di N. LUHMAN, *I diritti fondamentali come istituzioni*, Bari, 2002, si v. le ulteriori riflessioni di G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Roma, 2005, 39 ss., in part. 44, secondo il quale nella società moderne il riconoscimento dei diritti individuali, nella prospettiva dell'uguaglianza, è da un lato il presupposto per la differenziazione sociale, dall'altro lo strumento stesso che protegge il processo di differenziazione dalle sue tendenze autodistruttive.

⁹⁴ Sul clima e le vicende che hanno portato al progetto di Samuel von Cocceji, si v. M. SCATTOLA, *Federico II ed il diritto naturale*, Relazione svolta al convegno organizzato dall'accademia delle scienze di Torino nei giorni 3-4 aprile 2012 e rinvenibile al sito www.accademiadelle scienze.it. Sul progetto di Cocceji nel contesto della codificazione prussiana, si v. P.A.J. VAN DEN BERG, *The Politics of European Codification*, Europa Law Publishing, 2007, 65 ss.

⁹⁵ A proposito del prussiano *Allgemein Landrecht* del 1794, punto di arrivo di un lungo processo di elaborazione (si v. per tutti TARELLO, *op. cit.*, 223 ss.) è sufficiente ricordare che esso ben si iscrive nell'ambito dell'Ancien Régime: come è stato acutamente osservato R. SOHM, *Le Code civil français e le Code civil allemand*, in *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900: procès-verbaux*, Parigi, 1905, 261 ss., l'Allegemeni Landrecht prussiano non pretendeva, come avverrà per il *Code civil*, di costituire il solo diritto vigente, ma rappresentava più semplicemente il *droit commun* prussien destinato a convivere con i diritti particolari delle province e, in definitiva, a prendere "seulement la place du vieux commun des pandectes, du droit universal". A differenza del *Code civil* napoleonico che costituisce il *prime Code national*, "Dans l'État de Frédéric-le Grand manque encore l'idée de l'état unitaire national et par là même du droit unitaire national".

sino eccessiva, sui principî generali: da un lato, per evidenziare, proprio per via della loro assenza, la non sistematicità del diritto inserito da Giustiniano nel Digesto, nonché delle raccolte di legislazioni presenti nei singoli *Etats de l'Empire*⁹⁶, dall'altro per rimarcare più volte il loro ruolo insostituibile quali pilastri indispensabili per costruire appunto un moderno diritto privato al tempo “certo” ed “universale”, più precisamente un “Corps de Droit réduit en forme de Systeme, qui contient toute la Jurisprudence, rangée dans l'ordre le plus naturel & le plus convenable, avec les principes généraux sur chaque matière, & les conséquences qui en découlent”. In questo progetto, elaborato però con uno stile scolastico e rivolto al passato, il romanista⁹⁷ Samuel von Cocceji⁹⁸ intendeva sublimare, per certi versi, l'approccio giusnaturalista alla base della riflessione di Pufendorf, su cui si era formato già suo padre Heinrich, nel quadro pur sempre della tradizione che si richiamava a Grozio⁹⁹. A ben vedere, con esso si consuma, apertamente, la contraddizione più evidente nell'esperienza dell'Ancien Régime insita nell'affidare a giuristi puri il compito sia di costruire per una società ancora rigidamente articolata sul piano degli *status* un diritto privato che avrebbe voluto essere al tempo stesso “certo” ed “universale” e, come tale, fondato su un sistema *raisonnable & naturel*, ispirato pur sempre a “les principes généraux du Corps de Droit Romain¹⁰⁰”; sia di provvedere a che siffatto sistema individuasse “tous les droits & les privilèges auxquels peuvent prétendre ceux qui vivent dans une société civile, soit de l'état des personnes, soit du droit des choses, soit de l'obligation de la personne”¹⁰¹.

⁹⁶ Anche per questi, come pure per il Digesto, von Cocceji non ha difficoltà ad osservare che “ils ne sont pas non plus réduits en forme de système, & ne contiennent pas sur chaque sujet des principes généraux”.

⁹⁷ Per questa “qualifica” di Samuel von Cocceji, si v. R. FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino, 2011 già in ID., *Cultura giuridica e codificazione in Clio@Themis* n. 2.

⁹⁸ Sui due Cocceji, padre e figlio, si v. le preziose osservazioni di K. HAAKONSEN, *Natural Law and Moral Philosophy: From Grotius to the Scottish Enlightenment*, Cambridge 1996, 135 ss.

⁹⁹ Sul punto con specifico riferimento alla riflessione sul “soggetto”, si v. P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, cit., 87 ss.

¹⁰⁰ Ciò in quanto, secondo von Cocceji, “ces Loix son incontestablement fondées pour la plupart sur le Droit naturel”: così la *Preface*, cit., xxiv.

¹⁰¹ Si v. VON COCCEJI, *op. cit.*, xxv. Contraddizione, a ben vedere, cui non si sarebbe del resto sottratto l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, adottato

A fronte del progetto elaborato da Samuel von Cocceji, persino ingenuo nella sua radicalità, ove si pensi, ad es., al proposto divieto generalizzato di fare commenti o dissertazioni su tutto il Corpo del diritto o su qualcuna delle sue parti¹⁰² – divieto destinato ad aggiungersi a quello imposto specificatamente in capo agli avvocati ed ai giudici di citare l'autorità del diritto romano o di qualsiasi Dottore¹⁰³ – ben altra consapevolezza, nel medesimo lasso di tempo, è dato rinvenire nella riflessione brillante del barone DE BIELEFELD, nelle sue *Institutions politiques*¹⁰⁴. Infatti, nella convinzione che “*si le Droit Naturel nous dit ce qui est juste, la Politique nous enseigne ce qui est utile*”¹⁰⁵, il barone de Bielefeld, per quanto amico di von Cocceji, sosteneva che “*si le Souverain veut faire un nouveau Code, il n'est pas prudent d'en abandonner la confection, ni à un seul Jurisconsulte, ni même a une Assemblée de plusieurs persone que ne sont qu'hommes de Loi ...Pour être Législateur, il ne suffit pas d'être bon Juriconsulte, mais qu'il faut être consommé dans la Politique, & ex connoitre toutes les parties*”¹⁰⁶.

5. Dal Code civil al nuovo diritto comune europeo: un cantiere

Il riferimento ai principi ha costituito un momento qualificante del processo attraverso il quale la dottrina ha provveduto all'organiz-

nel 1794, non solo per il suo carattere asistematico, ma già per il suo stesso titolo, ben diverso da quello originariamente programmato in termini appunto di *Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten* e fortemente avversato dalla nobiltà prussiana: su questo punto si v. BERKOWITZ, *The Gift of Science. Leibniz and the Modern Legal tradition*, cit., 71 ss. Sull'impossibilità nel contesto dell'*Ancien Régime* di andare oltre la sola semplificazione, nonostante l'impegno di tanti giuristi, si v. le lucide considerazioni di J.E.M. PORTALIS, *Discours de presentation du code civil* in ID., *Discours, Rapports et travail inédit sur le Code Civil*, Parigi, 1844, 90 ss., il quale, a proposito della situazione esistente in Francia prima della rivoluzione, così rimarcava (*op. cit.*, 98): “*Tant qu'il existé en France des differences et de distinctions politiques entre les personnes, tant qu'il ya eu des nobles et des privilégiées, on ne pouvait faire disparaitre de la législation civile les différences et les distinctions qui tenaient à ces vanités sociales, et qui établissaient dans les familles un ordre particulier de succéder, pour ceux qui avaient déjà una manière particulière d'exister dans l'Etat*”.

¹⁰² Così il § 10 del *Project du corps de droit Frederic ou corps de droit*, cit., 18.

¹⁰³ Si v. il § 5 del *Project du corps de droit Frederic ou corps de droit*, cit., 16.

¹⁰⁴ Il riferimento è al lavoro di J.F. BIELEFELD, *Institutions politiques*, edito in Olanda nel 1760.

¹⁰⁵ BIELEFELD, *op. cit.*, 82.

¹⁰⁶ BIELEFELD, *op. cit.*, 84.

zazione sistematica del diritto privato in vista prima della consolidazione del diritto vigente e, successivamente, di nuove codificazioni che rispondessero ad esigenze di chiarezza e di brevità e che limitassero il ruolo degli interpreti¹⁰⁷.

La singolare funzione assegnata ai principî nel processo, prima di consolidazione/razionalizzazione del diritto intervenuto tra seicento e settecento in Europa (al fine di individuare quello vigente e di semplificarne l'esposizione) e, successivamente, di elaborazione di un diritto privato nuovo, come appunto è avvenuto a partire dal *Code civil* napoleonico del 1804, ben si coglie ove si consideri innanzitutto la tessitura del codice francese, alla quale pur sempre ha continuato a legarsi anche la nostra stessa codificazione del 1942 seguita a quella del 1865.

Infatti, con la codificazione rivoluzionaria, la "missione" assegnata dalla dottrina civilistica ai principî, al fine di mettere a punto le regole ed assicurare una loro coerente organizzazione nel *Corp du Droit*, appare ormai portata a termine e non vi è ragione che in tale veste essi siano presenti formalmente nel nuovo diritto scritto¹⁰⁸.

Come è stato efficacemente osservato a proposito della codificazione francese, essa ha dato sbocco alla ricerca sino ad allora effettuata dalla dottrina per enucleare un diritto fondato sulla ragione la quale procede pur sempre per principî. Con l'adozione del *Code civil* "quello che era il diritto della ragione, edificato dalla mente dei

¹⁰⁷ Il riconoscimento circa lo stretto legame tra l'elaborazione dei principî e la codificazione, nel duplice senso che la loro elaborazione è fondamentale perché si abbia una codificazione e che la loro presenza sopperisce pur sempre, in funzione organizzativa e di sistemazione del materiale legislativo, alla mancanza di un codice, è patrimonio diffuso nella cultura giuridica. Al riguardo si è osservato di recente, a proposito del diritto amministrativo, che in esso "i principî occupano un posto importante ...anche a causa della mancanza di una codificazione generale della materia, a differenza di quanto avviene, ad esempio, nel campo del diritto civile o di quello penale": così G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 51.

¹⁰⁸ Sulla rilevanza strategica della moderna codificazione civile ai fini dell'egemonia della borghesia ha più volte insistito nelle sue riflessioni Paolo Grossi, parlando al riguardo di assolutismo giuridico: a suo dire Id., *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in XXXII *Quaderni fiorentini* 2003, 33-34, attraverso la codificazione ed il monopolio del legislatore quanto alla produzione del diritto "il liberalismo economico pretende il controllo della dimensione giuridica per garantire appieno i valori sui cui è fondata la sua costituzione non scritta, valori di libertà economica che avrebbero trovato appoggio non su delle *déclarations* ancora intese come aeree conclamazioni filosofico-politiche, bensì negli articoli inchiodanti di un testo normativo".

sapienti, diventa il diritto del sigillo dello Stato. Si dirà al giudice di obbedire al sigillo; pensiero e ragione sono *munere functi*. L'università degli studi diffonde la nuova realtà; non spiegherà ai giovani il diritto; spiegherà il codice”¹⁰⁹.

La manifestazione emblematica di questo risultato, al quale si associa la formale apertura di uno scenario nuovo in cui il primato indiscusso del legislatore avrebbe voluto prospettare per i giuristi un futuro destino non diverso da quello già conosciuto a suo tempo dai teologi, può rinvenirsi innanzitutto nella significativa esiguità delle disposizioni del *Code civil* in cui si fa espresso riferimento al termine “principi”¹¹⁰, nonché nell’ambigua formula con la quale, ai fini della completezza operativa del Code, l’art. 4, senza fornire criterio operativo alcuno, si è limitato a preannunciare sanzioni per il giudice, colpevole di denegata giustizia, ove si rifiuti di giudicare “sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi”.

Non diversa può dirsi la nostra esperienza codificatoria del 1865 e del 1942 in cui il termine “principi” è presente in pochissime norme. In particolare, se si fa eccezione al riferimento, pur di sicuro rilievo, di cui rispettivamente agli artt. 3 del cod. civile del 1865 e dell’art. 12 delle disposizioni preliminari al codice del 1942, in cui si rinvia ai principî “non scritti” e rilevanti ai fini dell’*analogia juris*¹¹¹, tanto il nostro codice del 1865, quanto quello attuale del 1942 risultano più parchi della stessa stesura originaria del *Code civil*. Infatti, nel codice civile del 1865, il termine è presente soltanto negli artt. 3,

¹⁰⁹ Così R. SACCO, *I principi generali nei sistemi giuridici europei*, in *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno Lincei svoltosi a Roma 27-29 maggio 1991, cit., 165.

¹¹⁰ Nell’originario testo del 1804, il termine “principes” ricorre espressamente soltanto 8 volte, in particolare negli artt. 565, 1196, 1221, 1584, 1803, 2021, 2128, 2240. A ben vedere, peraltro, nella maggior parte dei casi il termine rinvia ad indicazioni normative derivanti da altre disposizioni del medesimo codice. Soltanto nell’art. 565 si riferisce ad indicazioni “esterne”: in particolare, a proposito del meccanismo dell’accessione, si richiamano i “principes de l’équité naturelle”.

¹¹¹ Invero, siffatti principî costituiscono la espressione della *ratio* più generale alla base delle regole presenti nell’ordinamento e, dunque, suscettibili di essere ricavate dall’interprete. In realtà, il raffinato sviluppo della dottrina emersa nel corso del Novecento si è progressivamente liberata dalla precomprensione che originariamente guidava l’ap-proccio alla codificazione per la quale la completezza dell’ordinamento era un dato preesistente più che un risultato da attingere, sì da ridurre la distinzione tra processo interpretativo ed integrazione del diritto. Di qui la stessa riduzione della contrapposizione tra *analogia legis* e *analogia juris*: sul punto si rinvia a N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell’analogia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, 1 ss.

1668 e 1907; viceversa, nel codice del 1942, oltre l'art. 12 delle disposizioni preliminari, risulta richiamato soltanto nell'art. 1281, a proposito della moneta, e nell'art. 2598 in materia di responsabilità dei professionisti¹¹².

Esula dal tema qui esaminato l'indagine sul particolare riferimento ai principî che, in funzione della completezza dell'ordinamento, si rinviene nei già citati articoli presenti nel codice civile del 1865 ed in quello del 1942, come anche nell'art. 7 dell'austriaco *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) del 1811¹¹³: in particolare, sul richiamo, in questo ultimo caso, al diritto naturale, al solo "diritto" nel codice civile italiano del 1865 e sulla diversa formula adottata nella codificazione del 1942, che ha collegato i principî generali all'"ordinamento giuridico dello Stato"¹¹⁴. Ai nostri fini, tralasciando il significativo fallimento del tema emerso nella nostra esperienza allorquando nel corso del regime fascista si prospettò l'idea di far precedere la codificazione da principî generali in linea con le aspettative politiche dell'epoca, è interessante soltanto rimarcare che anche le altre codificazioni civili tra Ottocento e Novecento hanno conservato un atteggiamento oltremodo restrittivo quanto all'accoglimento formale del termine principî, pur con significative aperture per le clausole generali¹¹⁵. L'estraneità dei "principî" al corpo effettivo della co-

¹¹² Attualmente si ritrova anche negli art. 2343-ter, 2391-bis, 2403, 2423-bis, 2426, 2427, 2497, 2507, 2516 in materia societaria in ragione delle riforme intervenute anche sulla base della normativa comunitaria, nonché negli artt. 155 e 337-bis (principio di proporzionalità) relativi alla filiazione, per via del recente d.lgs. 8 dicembre 2013, n. 154.

¹¹³ In particolare, a proposito delle lacune, il § 7 dell'ABGB richiama i *natürlichen Rechtsgrundsätzen*. Un'altra disposizione del medesimo codice in materia testamentaria, § 694, con riferimento a lasciti che potremmo qualificare in termini "di solidarietà sociale", escludeva la loro qualificazione come legati e, più in generale, l'applicabilità nei loro confronti dei *Grundsätzen des Privat-Rechts*.

¹¹⁴ Sul tema esiste una letteratura immensa: quanto alle origini della formula e al dibattito che ha preceduto la sua scelta si rinvia per tutti A. SCUMÉ, *I principî generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo: (1837-1942)*, Torino, 2002; si v. anche A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino: economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Klostermann 2005, 118; sugli atteggiamenti di alcuni protagonisti del dibattito si v. M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013.

¹¹⁵ Quanto al BGB, adottato a distanza quasi di un secolo dal Code Napoleon e di forte impronta dottrinarica, il termine è attualmente presente soltanto nel § 1697a a proposito dell'interesse del minore. Nel codice civile portoghese, il termine ricorre solo a proposito della buona fede negli artt. 3 e 437 e a proposito dell'ordine pubblico negli artt. 22, 81, 1651 e 1668. A sua volta il *codigo civil* spagnolo cita i principî solo nell'art.

dificazione civile (sul presupposto appunto che essi sarebbero chiamati soltanto al compito di orientare le scelte delle regole, queste sì da collocare nel diritto scritto, di dettarne, a tal fine, l'ordine di collocazione anche topografica nonché a permettere l'interpretazione sistematica del diritto scritto anche e non solo per finalità didattiche), non presenta soluzione di continuità nell'ambito delle codificazioni generali del diritto privato emerse nel corso del Novecento. Ovviamente, anche nella lunga stagione delle codificazioni europee intervenute tra Ottocento e Novecento, la riflessione della dottrina sui principî ivi compresa la loro costante messa a punto, attraverso implementazioni, crisi e riordino gerarchico, hanno continuato a rappresentare un momento inevitabile della funzione spettante appunto alla cultura giuridica, a partire da quella privatistica¹¹⁶, cui si è aggiunto altresì il contributo della giurisprudenza¹¹⁷. Sebbene il legislatore napoleonico e l'ideologia politica coeva all'introduzione del *Code civil* abbiano cercato di limitare al massimo l'attività "manipolativa" del diritto scritto da parte dei giuristi interpreti, esigendo da questi una attività meramente esegetica, era inevitabile che nel tempo la dottrina riprendesse con vigore la ricerca e la fissazione dei principî in relazione alla stessa disciplina codicistica. Fatto inevitabile, è il caso di osservare, posto che, se da un lato le regole consacrate nei codici erano certamente il precipitato di principî che ne avevano ispirato e guidato la fissazione nei testi, dall'altro le disposizioni ivi introdotte non potevano, col trascorrere del tempo, che presentarsi agli occhi degli interpreti pur sempre come semplici enunciati¹¹⁸, come tali suscettibili di nuove letture che avrebbero portato a nuovi

1 a proposito delle fonti, nell'art. 1611 in materia di *censos* e nell'art. 13 delle disposizioni transitorie.

¹¹⁶ Sulle modalità di intervento al riguardo da parte della "scienza giuridica", si v. le lucide pagine di R. GUASTINI, *Il realismo giuridico ridefinito*, in 19 *Revus Pravna metodologija* 2013, 107 ss.

¹¹⁷ Per un riferimento al singolare contributo offerto dalla giurisprudenza della Cour de cassation, si v. N. MOLFESSIS, *La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, in *Rev. Droit civil* 2001, 699 ss.

¹¹⁸ Sul punto, restano sempre preziose le pagine di G. TARELLO, *Diritti, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 143 ss. Non vi è dubbio che la demitizzazione della legge scritta e la centralità assegnata al momento della interpretazione ha inevitabilmente ricondotto a riformulare la stessa teoria delle fonti posto che l'individuazione della concreta risposta giuridica vede il coinvolgimento anche della dottrina e della giurisprudenza che dunque entrano a pieno titolo nel processo ermeneutico: sul punto, si v. la lucida sintesi offerta da J. GHESTIN, *Les données positives du droit*, in *Rev. trim. droit civil* 2002, 11 ss.

esiti ermeneutici, nonché a riorganizzazioni sistematiche, sulla base appunto tanto della messa a punto di principî e di categorie dogmatiche diversi da quelle “di origine”, quanto delle esigenze mutevoli della società a cui il pietrificato testo del codice è chiamato pur sempre a fornire risposte adeguate¹¹⁹.

Sotto questo profilo, dunque, il lavoro della dottrina sulla scorta dei principî da utilizzare sia nella sistemazione sia nella lettura della disciplina codicistica e, successivamente, della legislazione speciale ha potuto svolgersi, e nel tempo si è svolto, ora in obbediente continuità e rigoroso rispetto del testo del codice¹²⁰ – secondo l’approccio legalista della c.d. scuola dell’esegesi – ora recuperando progressivamente ampi spazi all’attività innovatrice dell’interprete, secondo i diversi approcci metodologici messi a punto a partire dalla fine dell’Ottocento. Nell’ambito di questo indefesso lavoro della dottrina giuridica privatistica, la riflessione sul diritto privato, a partire innanzitutto dalla codificazione, ha ruotato, in definitiva, pur sempre sulla costante messa a punto di principî, sulla verifica in ordine alla loro persistenza nonché sui limiti operativi di taluno di essi, ovvero sul loro tramonto a vantaggio di altri in relazione alle diverse aree tematiche coinvolte. Peraltro, l’intervento successivo della legislazione speciale ha ulteriormente confortato l’approccio della dottrina rivolto alla ricognizione dei principî con gli esiti, a tutti noti da tempo, conseguenti al riscontro di significative e crescenti devianze di tale legislazione da alcuni dei principî alla base della codificazione: sicché, a prescindere dal fatto che siffatta legislazione riflettesse nuovi speciali principî diversi da quelli codicistici, ovvero si rilevasse del tutto non riconducibile a processi di razionalizzazione, si è appunto parlato di crescenti fenomeni di “decodificazione” destinati,

¹¹⁹ In altre parole, nel corso dell’Ottocento si è progressivamente e, per certi versi inevitabilmente, dissolta l’eredità offerta dalla “ermeneutica dell’illuminismo, indirizzata a vedere “quasi sempre nel diritto qualcosa di predato” ...per cui “il diritto trova posto solo nelle regole, così da poter essere rintracciato solo nelle regole stesse”: così S. MÈDER, *Ius non scriptum. Tradizione della produzione privata del diritto*, Napoli, 2011, 224.

¹²⁰ Eloquente, al riguardo, l’impostazione seguita dal belga Laurent nel suo monumentale commentario al *Code Napoleon*. Infatti, con suo famoso trattato sui *Principes de droit civil* in 33 volumi Laurent da un lato intese confermare il ruolo della dottrina nella lettura sistematica del diritto scritto, non a caso esaltando già nel titolo il rilievo dei principî, dall’altro individuò in misura precisa il limitato ambito operativo della dottrina a fronte dell’onnipotente legislatore.

secondo alcuni, a sboccare in una definitiva perdita di coerenza interna e di senso della disciplina, ormai frantumata in episodi legislativi del tutto congiunturali e slegati tra loro, sì da indurre parte della dottrina a parlare di nichilismo giuridico¹²¹.

È però nel corso del Novecento, che il tema dei principî, rientrato a seguito delle intervenute codificazioni nel tradizionale alveo operativo della dottrina giuridica alle prese, tanto per ragioni didattiche quanto per ragioni operazionali, con la lettura sistematica del diritto scritto, ha registrato, sul complessivo piano dell'esperienza giuridica, nuove stagioni di singolare emersione. Quella più significativa, anche per via dei suoi effetti di lungo periodo che ne sono discesi, è da individuarsi nel moderno costituzionalismo¹²². Con esso, infatti, i principî sono direttamente entrati nei testi stessi delle Costituzioni¹²³, sì da incidere significativamente sul sistema delle fonti e della complessiva visione dell'ordinamento giuridico, con particolare riguardo da un lato alla questione relativa alla "singolarità" che le Carte costituzionali presentano rispetto agli altri testi giuridici anche dal punto di vista dell'ermeneutica¹²⁴, dall'altro, a quella riguardante l'incidenza delle disposizioni costituzionali sulla legislazione privatistica e nella

¹²¹ Per questa versione del nichilismo giuridico radicale, per cui sarebbe vano ogni tentativo di razionalizzare la serie di comandi in cui si articola il giuridico, dovendosi l'impotente interprete limitarsi alla sola esegesi, si v. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004. Sul punto, ma in una prospettiva che comprende anche il moderno sviluppo delle teorie interpretative dovute alla filosofia analitica e all'ermeneutica filosofica si v. M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006. In termini critici su questa deriva in cui il giurista diverrebbe semplice spettatore della realtà, si v. tra gli altri, F. GALLO, *Una critica del nichilismo giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 19 ss.; N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004; S. RODOTÀ (a cura di), *Dialogo sul nichilismo giuridico*, Roma, 2004.

¹²² Per un inquadramento del neocostituzionalismo nel dibattito più generale sul diritto si v. da ultimo M. BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in 16 *Revus Pravna metodologija* 2011, 55 ss.

¹²³ Per una sintesi sul punto si v. B. CELANO, *Diritti, principî e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Analisi e diritto* 2004, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 53 ss. Un'ampia illustrazione anche in chiave comparatistica si rinviene nel recente contributo di L. MEZZETTI, *Valori, principî, regole*, in *Id.* (a cura di), *Principî costituzionali*, Torino, 2011, 1 ss.

¹²⁴ È qui sufficiente richiamare il solo problema relativo all'applicabilità dell'art. 12 delle preleggi alle norme costituzionali: in senso negativo si v. tra gli altri G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 265 ss.; per altri riferimenti si v. G. PINO, *Diritti ed interpretazioni. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., 37.

concreta prassi, nei termini propri della c.d. *Drittwirkung*¹²⁵. Invero, le moderne carte costituzionali non si limitano a fissare regole per la produzione di norme, ossia regole di procedura, ma intervengono anche sul contenuto delle leggi, con la previsione anche di un specifica corte con funzione di “custode”. La costituzione moderna, in definitiva, “traccia principî, direttive e limiti al contenuto delle leggi future”¹²⁶.

A ben vedere, ben al di là della vicenda relativa alla significativa singolare emersione dei principî nei testi delle carte costituzionali introdotte da molti paesi nel corso del Novecento, la spinta più importante intervenuta nel corso del secolo scorso a favore di una rinnovata attenzione, non più solo culturale ma anche fondamentale operativa, al tema dei principî, a partire proprio dal diritto privato, è emersa nell’Europa occidentale attraverso le istituzioni, prima, della Comunità europea e, successivamente sino ai giorni nostri, dell’Unione europea.

Il fenomeno si è andato svolgendo contemporaneamente su due distinti piani. Il primo, che si potrebbe definire di rango costituzionale, ha riguardato la fissazione a livello sopranazionale di un complesso di diritti e di principî: sotto questo profilo per i principî presenti nel Trattato di Roma si è riproposto il medesimo itinerario problematico emerso per i moderni testi delle Costituzioni nazionali. In realtà, il *proprium* dell’esperienza legata all’istituzione della Comunità europea è che i diritti ed i principî presenti nel trattato di Roma nonché la legislazione secondaria adottata erano e tuttora sono destinati ad orientare le singole esperienze giuridiche nazionali, riducendo progressivamente le sovranità statali quali erano emerse nella prima parte del secolo breve, sì da portare alla formazione progressiva di un ordinamento giuridico nuovo e distinto rispetto a quelli nazionali. Le relazioni tra tali ordinamenti si sono collocati in un campo di forze che vede tuttora come protagonisti i principî presenti nelle singole costituzioni nazionali e quelli sedimentatisi nel tempo nelle istituzioni europee tanto nei Trattati quanto nella giurispru-

¹²⁵ Sul tema, al centro della problematica dei diritti fondamentali nella realtà costituzionale moderna esiste un dibattito molto ampio: sulle riserve avanzate da parte della dottrina si v., esemplarmente, E. FORSTHOFF, *Lo stato della società industriale*, Milano, 2011, 165 ss.

¹²⁶ Così, H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 153.

denza della Corte di Giustizia: principî, alla cui gestione multilivello partecipano innanzitutto le corti costituzionali nazionali insieme alla Corte di Giustizia in un processo circolare nel quale la dottrina e la giurisprudenza sono intervenute come autentiche fonti del diritto che hanno preparato e sviluppato la successiva legislazione¹²⁷. La vicenda storica legata allo strutturarsi dell'ordinamento giuridico comunitario e/o europeo ha operato come un incentivo moltiplicatore non solo della tradizionale propensione della dottrina ad enucleare principî sulla base del diritto scritto, ma anche della diretta attribuzione di efficacia giuridica ai principî, come fonte di diritto, nell'implementazione progressiva del nuovo ordinamento da parte delle istituzioni europee sovranazionali, a partire dal contributo fondamentale assicurato dalla Corte di Giustizia¹²⁸. Il fenomeno si è d'altro canto arricchito e complicato in quanto il processo osmotico di principî dagli ordinamenti nazionali a quello comunitario/europeo si è al tempo stesso rovesciato verticalmente dall'alto verso il basso, dando vita ad un sistema circolare¹²⁹.

¹²⁷ Sull'importanza emblematica della recente esperienza europea al fine di una rivisitazione delle categorie tradizionali in materia di fonti del diritto legate all'ipostatizzazione dello Stato moderno, si v. le lucidissime riflessioni di N. LIPARI, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1207 ss.

¹²⁸ Sul punto la letteratura accumulatasi è immensa. Sul ruolo della Corte di Giustizia nel dare contenuto all'ordinamento comunitario, attingendo dal patrimonio della cultura giuridica dei paesi europei e promuovendo di fatto il processo stesso legislativo poi emerso nell'esperienza della originaria CEE e che avrebbe portato, oltre alle riforme del Trattato, anche all'introduzione della Carta dei diritti fondamentali, si v., in particolare, il prezioso contributo di J. BENOÛT, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, 1993, nonché i saggi di F.G. MANCINI, *Democracy & Constitutionalism in The European Union*, Oxford, 2000 e, più di recente, K. LENAERTS e J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in 47 *Common Market Law Review*, 2010, 1629 ss. Sul processo operativo seguito dalla Corte di Giustizia nella elaborazione dei principî si v. M. VAN HOECKE, *The Use of Unwritten Legal Principles by Courts*, in 8 *Ratio juris* 1995, 248 ss. Sui "principi" fondamentali elaborati al livello dell'ordinamento giuridico europeo, si v. *ex multis* A.VON BOGDANDY, *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch*, in 16 *European Law Journal*, 2010, 95 ss., ivi ampi riferimenti bibliografici, nonché i saggi raccolti in AA.VV. (a cura di), *General Principles of EC Law in a Process of Development: Reports from a Conference in Stockholm, 23-24 March 2007, Organised by the Swedish Network for European Legal Studies*, Kluwer Law International, 2008.

¹²⁹ Infatti, nell'esperienza europea si è determinato un doppio movimento – ascendente (dalle esperienze nazionali alla struttura sovranazionale) e discendente (sugli

Ebbene, questo processo è presente non solo nei Trattati seguiti a quello fondativo di Roma, ma anche nel secondo piano d'anziché segnalato: ci si riferisce al diritto materiale adottato a livello europeo. Infatti, l'introduzione da parte delle istituzioni europee di indici disciplinari aventi ad oggetto molte aree del diritto privato non è intervenuta in un vuoto, ma ha fatto perno prevalentemente sulle esperienze già in atto in alcuni paesi pilota, attingendo da esse, con opportuni adattamenti e innovazioni, principi e regole. Per via delle concrete modalità adottate per la sua fissazione, la disciplina privatistica di fonte comunitaria ha alimentato un ampio processo di elaborazione culturale che ha fatto perno proprio sui "principi" per favorire l'armonizzazione tra le legislazioni privatistiche dei diversi paesi membri¹³⁰. Il superamento del particolarismo disciplinare dovuto alla presenza di storiche differenze tra le normative privatistiche dei diversi paesi membri prima della Comunità e, poi, dell'Unione, con puntuale riferimento alle aree dei rapporti rientranti nelle specifiche finalità e competenze delle istituzioni europee, è stato affidato per molto tempo ad un processo di semplice armonizzazione delle diverse normative, nella consapevolezza della diversità, per certi versi irriducibile, tra le culture giuridiche dei paesi coinvolti. L'originaria scelta preferenziale della tecnica propria delle "direttive" si è tradotta appunto nello sviluppo di una legislazione orientata soprattutto a fissare "i principi guida" o gli obiettivi concreti di disciplina e di tutela da raggiungere, piuttosto che a dettare direttamente minuziose norme

Stati ricadono complessi normativi adottati in sede europea) – destinato a favorire un processo di uniformizzazione e, soprattutto, di armonizzazione dei diritti nazionali. Processo in cui l'approccio comparatistico è stato ed è decisivo: sul tema si v. i saggi raccolti da M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Critique de l'intégration normative. L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, PUF, 2004. Sulla rilevanza di questo processo nelle faticose e incompiute tappe volte all'armonizzazione del diritto privato tra i diversi paesi oggi accompagnata anche dal comune fondamento individualistico della Carta dei diritti si v. l'ampia ricerca di K. GARCIA, *Le droit civil européen. Nouvelle matière, nouveau concept*, Larcier, 2008.

Al tempo stesso, la centralità acquisita dalla elaborazione di principi da parte delle corti europee (dalla Corte di Giustizia alla Corte dei diritti dell'uomo), ha favorito l'attenzione vero i principi anche da parte della giurisprudenza nazionale: per l'esperienza francese si v. per tutti N. MOLFESSIS, *La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, in *Rev. trim. droit civ.* 2001, 699 ss.

¹³⁰ Per una sintetica rassegna dei principi costituzionali del diritto privato europeo si v. H.W. MICKLITZ, *Introduction* in ID., *Constitutionalization of European Private Law*, cit., 23 ss.

applicative la cui concreta determinazione è stata lasciata ai singoli Stati. In tal modo, al processo di produzione normativa multilivello emersa nei singoli paesi per via, sia dell'incidenza delle carte costituzionali sulla legislazione nazionale, sia dell'articolazione territoriale dell'attività legislativa, si è affiancato ed in parte sovrapposto il medesimo processo emerso sul piano sovranazionale in conseguenza appunto delle vicende legate all'integrazione europea e al rapporto dialettico tra ordinamento comunitario/europeo e ordinamenti nazionali dei paesi coinvolti. Entrambi i processi hanno avuto e tuttora hanno come protagonisti fondamentali proprio i principi, siano essi quelli introdotti appunto nel diritto scritto ovvero quelli elaborati e fatti propri dalla giurisprudenza in sede ermeneutica.

Lo storico progetto europeo di superare la frantumazione del diritto privato seguita alla formazione degli Stati moderni era rivolto a dare sempre maggiore effettività al processo di costruzione di un mercato unico interno al territorio europeo dei paesi membri, come tale esigente una regolazione tendenzialmente indifferenziata nel suo spazio operativo. Ebbene, siffatto processo, una volta avviatosi e sviluppatosi a livello europeo, tramite molteplici iniziative legislative finalizzate appunto alla armonizzazione e/o alla uniformizzazione della disciplina privatistica a partire da circoscritte aree tematiche o da specifici segmenti e settori di mercato, ha prodotto effetti nel sistema "diritto" proprio dei singoli paesi europei. Lo strutturarsi progressivamente nei singoli paesi di una giurisprudenza e, nel contempo, di una cultura giuridica chiamate a misurarsi con un diritto di fonte sovranazionale, comune ai singoli paesi e però scritto sulla base della grammatica e della sintassi giuridica storicamente sedimentatesi in Europa, ha fatto sì che tanto istituzioni pubbliche, quanto istituzioni private, Facoltà giuridiche e addirittura singoli "dottori del diritto" abbiano ritenuto necessario intervenire in questo processo con iniziative finalizzate appunto a favorire dal basso il processo di ricomposizione della frattura storica del diritto privato europeo intervenuta con il trionfo dei nazionalismi. Tali iniziative si sono manifestate attraverso una rinnovata diffusa attenzione per le indagini comparatistiche¹³¹: indagini che, facendo chiarezza sulle di-

¹³¹ Con lo sviluppo del diritto comunitario, diventato diritto interno sotto il controllo della Corte di Giustizia, è mutato in Europa l'approccio di tutti i giuristi: come è

versità di linguaggio e di impostazione dogmatiche delle singole esperienze, si sono orientate appunto alla ricerca di concrete convergenze disciplinari se non addirittura di un nuovo *jus commune*¹³². È del tutto evidente, proprio sulla base di quanto illustrato in precedenza, che la ricerca di matrici comuni non poteva che riprendere l'avvio, in *apicibus*, proprio dall'individuazione di principî comuni e regole generali¹³³.

stato efficacemente osservato (L. BOY, *Pour une analyse critique du droit en 2010?*, in *Critique(s) du droit, Hommage au professeur R. Charvin*, 2012, 32) “les juristes deviennent comparatistes sans s'en rendre compte”.

¹³² Su questo ultimo indirizzo, v. le severe critiche di C.S. CERCEL, *Le “jus commune” dans la pensée juridique contemporaine, ou le comparatisme perversi*, secondo il quale la ripresa del tema nell'attuale stagione della esperienza giuridica europea rispecchierebbe un orientamento della dottrina in bilico tra un'utopia prescrittiva ed una mitologia discorsiva.

¹³³ Nel dibattito apertosi nella dottrina europea, sull'onda delle iniziative avviate a livello istituzionale, la prima questione di fondo ha riguardato la possibilità stessa di avviare un processo di codificazione a livello europeo pur nella sostanziale distanza tra le mentalità esistenti non solo tra paesi di civil law e di common law, ma anche tra le stesse tradizioni culturali continentali: questione che ha visto contrapposte le impostazioni più scettiche (si v. in particolare P. LEGRAND, *Against a European Civil Code*, 60 *Mod. L. Rev.* 1997, 44 ss.; per una ricognizione sul punto si v. J.M. SMITS, *Law Making in the European Union: On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures*, in 67 *Louisiana Law Review*, 2007, 1181 ss.), già critiche sugli effetti destabilizzanti intervenuti in alcuni ordinamenti per via della normativa, sia pure settoriale, già introdotta a livello comunitario (si pensi al contrastato tema della disciplina sulla buona fede, su cui si v. tra gli altri G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, 61 *Mod. L. Rev.* 1998, 11 ss.) e le impostazioni più ottimistiche: si v. pensi, tra le altre, alle posizioni di R. ZIMMERMANN, *Codification - The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, in 8 *European Review of Contract Law (ERCL)*, 2012, 367 ss. e di S. NADAUD, *Codifier le droit civil européen*, Larcier 2008. In questo contesto, del resto, si collocano le divergenti valutazioni dell'ampio lavoro della dottrina alla base dei volumi sul *Draft Common Frame of Reference* avente ad oggetto *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, elaborato dallo Study Group of a European Civil Code e dal Research Group on EC Private Law (Acquis Group): su questa iniziativa si v. *ex multis*, R. ZIMMERMANN e N. JANSEN, *A European Civil Code in All But Name: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference*, in 69 *Cambridge Law Journal* 2010, 98 ss.; nonché AA.VV., *The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems*, in 28 *Oxford J Legal Studies* 2008, 659 ss.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I principi nella giurisprudenza della Corte costituzionale: i principi con funzione ordinante. – 3. I principi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: i principi con funzione nomofilattica. – 4. I principi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: i principi con funzione armonizzante. – 5. I diritti fondamentali come principi generali di diritto contrattuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 6. L'osmosi dei principi: i "principi generali del diritto civile" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 7. L'osmosi dei principi: l'applicazione dei principi del diritto comunitario nel diritto interno. – 8. La percezione dei principi nella letteratura recente di diritto privato europeo. – 9. L'abuso dei principi generali. – 10. Il dilemma del legislatore moderno.

1. *Premessa*

Se si esaminano i "principi generali" nella prospettiva realistica del diritto occorre muovere innanzitutto da una ricognizione dei dati di fatto; e sulla base di questi si possono porre alcuni interrogativi di base: (*i*) in quali contesti sono citati i principi generali, (*ii*) da quale autorità vengono pronunciati, (*iii*) per quali scopi sono usati, (*iv*) quali significati possono rivestire nel contesto individuato, (*v*) quali risultati ha prodotto la loro applicazione.

Va da sé che per iniziare una ricerca e per raccogliere i dati sufficienti a costruire un discorso si deve muovere da una definizione stipulativa – almeno provvisoria – di "principio generale". La scelta più semplice consiste nell'assumere come tale la definizione giusformalista che dipinge i principi generali come regole aventi natura giuridica, quindi precetti cogenti, di tenore ampio, espressi con termini generici, ricavati in via induttiva da regole di portata più specifica; secondo l'intendimento diffuso i principi "generali" per essere tali debbono essere attinenti al diritto comune, non potendo ricavarsi principi generali dal diritto speciale, il quale, essendo circoscritto a singole fattispecie o a singoli settori dell'ordinamento, non potrebbe consentire la costruzione di principi di estensione generale.

Se si considerano i riferimenti testuali contenuti nei testi normativi si trovano diverse formulazioni dei principi: si parla di principi generali "del diritto", "dell'ordinamento giuridico dello Stato",

di principi “fondamentali”, di principi “direttivi”, di principi “regolatori”, e così via.

Una ricerca a lungo raggio impone di fare riferimento, in primo luogo, alle banche di dati, informatizzate o cartacee, che raccolgono informazioni, citazioni, esplicazioni, elenchi, definizioni, precetti, bibliografie riguardanti i principi: in questo lavoro si considereranno i *principi generali*. Ovviamente, le banche di dati obbediscono alle finalità perseguite dai loro creatori. Trattandosi di principi generali le banche di dati che contengono il maggior numero di riferimenti a questa locuzione sono quelle predisposte dalle Corti. È evidente che una ricerca condotta con queste modalità è esposta ad un alto numero di variabili dei criteri ordinanti.

Essa sconta necessariamente la finezza, la profondità e la vastità della cultura dell'interprete-redattore, è limitata dalla competenza dell'Autorità che pone o usa il principio, è condizionata dalla terminologia e dall'apparato concettuale che sta alla sua base. Soprattutto, è vincolata dai testi normativi in cui questo sintagma è contenuto. Sicché una ricerca effettuata nelle banche di dati predisposte dalle Corti deve tener conto: (i) dei testi normativi applicati dalla Corte considerata, (ii) delle tecniche di redazione dei provvedimenti emessi dalla Corte, e quindi (iii) della formazione culturale dell'estensore del provvedimento e/o del collegio che lo ha approvato, (iv) eventualmente delle memorie predisposte dagli avvocati alle quali il provvedimento faccia riferimento, e ancora – nel caso in cui il principio non sia contenuto nel testo normativo applicato né sia citato nel provvedimento approvato, ma sia frutto della ricostruzione interpretativa del redattore della banca di dati – deve tener conto (v) delle finalità perseguite dal redattore, che possono essere le più varie (semplificative, didascaliche, riassuntive, etc.).

Attese tutte queste cautele, appare evidente che una ricerca di questo tipo – peraltro inevitabile in un mondo del diritto così complesso come quello oggi esistente – deve considerarsi approssimativa e incompleta. E tuttavia, da quel che si dirà, risulta evidente quanto essa possa essere utile per individuare gli orientamenti, le mode, le tecniche dell'interpretazione giuridica oggi radicata nella nostra cultura. Una cultura composita, accademica, magistratuale, forense e notarile.

La fluidità della formula – si potrebbe dire anche la sua *vaghezza* – non finisce qui, se si considera che non esiste una accezione

unitaria del termine “principio generale”, non esiste né mai potrebbe esistere un catalogo o un elenco definitivo di “principi generali”, e che la creazione di principi generali è frutto di un processo logico che dipende dalla discrezionalità dell’interprete. Ma non si tratta, come spiegano i cultori dell’ermeneutica giuridica, di una libertà assoluta, in quanto l’interprete nella sua attività deve attenersi ai canoni consolidati e condivisi dalla comunità degli studiosi.

L’interprete, tuttavia, quando usa il sintagma che stiamo indagando non si fa tanti problemi, perché la locuzione è entrata nell’uso, viene utilizzata in modo disinvolto persino da legislatore, ora come regola di tenore generale, ora come regola che dà l’incipit ad un testo normativo, ora come definizione legislativa e così via.

Se ci si deve affidare alle monografie più recenti dedicate a questo tema, non stupisce che accanto ad opere che si pongono tutti i problemi sopra accennati, connaturati alla teoria generale del diritto¹ vi siano altre opere che prescindono da preoccupazioni definitorie e ricognitive, si limitano a sottolineare soprattutto la distinzione tra “principi” e “regole”, e si preoccupano di descrivere il modo nel quale alcuni principi generali sono utilizzati dal legislatore e dall’interprete² oppure si dedicano a raccogliere i principi al fine di armonizzare il diritto espresso dai diversi ordinamenti, come i Principi Unidroit, i PECL, i PETL, il Draft Common Frame of Reference, il CESL oppure ancora dedicano la loro attenzione a singoli principi, quali ad es. l’abuso del diritto³, il principio di effettività nel diritto comunitario⁴, il principio di eguaglianza nei rapporti contrattuali⁵ e a tutti gli altri che, per una ragione o per l’altra, sono considerati vitali, innovativi, o semplicemente più ricorrenti di altri.

La letteratura in materia è immensa, sia che si prendano in esame i principi generali come tecnica legislativa e /o interpretativa⁶,

¹ Ad es., *General Principles of EU Law and European Private Law*, curato da U. Bernitz, X. Groussot e F. Schulyok, Aalphen aan der Rijn, 2013.

² V. ad es. N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014.

³ *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di R. de la Feria e S. Vogenauer, Oxford e Portland, Oregon, 2011.

⁴ S.M. CARBONE, *Principi di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009.

⁵ E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, *Riv. dir. civ.*, 2014, 247 ss.

⁶ Da ultimo v. P. MARCHAL, *Principes généraux de droit*, Bruxelles, 2013; G.P. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, 2012; e già R. GUASTINI, *Le fonti del*

sia che li si consideri come criteri ordinanti di un settore dell'ordinamento⁷ o di un'area condivisa da più ordinamenti⁸, o di una tecnica espressiva di diritto non scritto⁹.

Ogni analisi di questo tipo può essere poi svolta in modo sincronico o in modo diacronico¹⁰.

Seguendo l'ordine del discorso, possiamo procedere ad una verifica dell'uso dei principi da parte dei giudici, cominciando dalla Corte che applica i principi generali menzionati esplicitamente dalla Costituzione o ricavati in via esegetica dal testo costituzionale.

2. *I principi nella giurisprudenza della Corte costituzionale: i principi con funzione ordinante*

Sono centinaia le sentenze della Corte costituzionale che, già dai primi anni di esercizio del suo magistero, ha fatto impiego dell'espressione "principi", talvolta senza qualificazione alcuna, altra volta con l'aggiunta di aggettivi quali *fondamentali*, *supremi*, *del diritto*, *dell'ordinamento* e così via. Secondo gli interpreti, la dizione "principio" non implica variazioni di significato anche se di volta in volta è aggettivata in modo variegato, essendo i principi regole di secondo grado giuridicamente vincolanti, che, come previste nel testo costituzionale o come ricavate per via interpretativa, inglobano anche *valori*. Ed in effetti i principi costituzionali si differenziano dai principi di diritto comune per il fatto di essere espressi nella carta fondamentale, per essere fondativi dell'intero ordinamento, per essere la fonte direttiva dell'interpretazione del giudice, il quale ad essi si deve uniformare¹¹.

diritto e l'interpretazione, Milano, 1993; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

⁷ Ad es. v. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford, 1999; F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario. Una ricerca comparativa*, Milano, 2000; VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011; G. OPPO, *Principi*, nel *Trattato di diritto commerciale* diretto da V. Buonocore, Torino, 2001.

⁸ *Principes contractuels communs*, a cura di B. FAUVARQUE-COSSON, 2008.

⁹ G. ALPA, P.G. MONATERI, A. GUARNERI, R. SACCO (cur.), *Le fonti del diritto italiano*. Vol. 2: *Le fonti non scritte*, Torino, 1999; S. MEDER, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto*, Napoli, 2011.

¹⁰ A. JANNARELLI, *I 'principi nel diritto privato'. Tra dogmatica, storia e post-moderno*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2013, n. 34, 115 ss.

¹¹ F. RICCOBONO, *Linee per una riflessione sui principi di diritto*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011; R. CALVANO, *Il ruolo dei principi fondamentali della Co-*

Ma nel linguaggio e nella giurisprudenza della Corte – la cui banca di dati non distingue più, nella ricerca per parole, quando il termine è contenuto nel preambolo, nello svolgimento del processo, nell'esposizione del fatto o nella motivazione in diritto, che poi costituisce il riferimento significativo per comprendere il ruolo del principio – i principi generali e i principi costituzionali tendono a identificarsi¹².

Tuttavia, alcune precisazioni sono d'obbligo.

Vi sono casi in cui la Corte intravede nei principi previsti in Costituzione prescrizioni di carattere generale – identificando quindi i principi costituzionali con i principi generali dell'ordinamento giuridico – prescrizioni peraltro diverse e più comprensive dei principi regolatori della materia¹³. Altri casi in cui la Corte deriva dai principi generali le linee per suggerire al legislatore inerte il modo con cui risolvere delicati problemi di lacune legislative: si pensi alla problematica relativa alla procreazione assistita e alla fecondazione artificiale¹⁴ all'accanimento terapeutico¹⁵ all'adozione di minore da parte di coppie dello stesso sesso¹⁶.

Sono poi da considerarsi principi generali tutte le disposizioni che riconoscono in capo al singolo *diritti fondamentali*, tema sul quale si farà solo un cenno breve, perché la problematica dei diritti fondamentali ha una storia a sé, si intreccia con i testi normativi comunitari e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, e con la problematica della applicazione diretta dei principi(-diritti) ai rapporti tra privati¹⁷. Per quanto riguarda il diritto privato, si riscontrano sentenze costituzionali – per la verità marginali – che citano ge-

stituzione nella giurisprudenza costituzionale, Rel. al convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Capri, 3-4 giugno 2005, estr.

¹² G.P. PARODI, *op. cit.*, 320.

¹³ G.P. PARODI, *op. cit.*, cap. III.

¹⁴ Corte cost., 10.6.2014, n. 162.

¹⁵ Corte cost., 8.10.2008, n. 334.

¹⁶ Corte cost., 15.4.2010, n. 138.

¹⁷ Per tutti v. V. SCIARRABBA, *Dopo Mangold la Corte di giustizia torna sul rapporto tra principi generali, direttive e norme interne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, 2, 376 ss.). Da segnalare in ogni caso sono gli studi e le relazioni della Corte costituzionale in materia: da ultimo le relazioni annuali sull'attività della Corte costituzionale di F. GALLO, *Relazione*, 12.4.2013 e G. SILVESTRI, *Relazione* 27.2.2014, (di cui si segnala *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009; ma v. anche Paolo Grossi, a cura di G. ALPA, Roma-Bari, 2011).

nericamente i principi di diritto privato o di diritto comune; per contro sono rilevanti le pronunce che fanno riferimento all'*ordinamento civile* quale limite al potere legislativo regionale¹⁸ e sono particolarmente rilevanti le pronunce che stabiliscono singoli principi generali che afferiscono al diritto privato sostanziale. Interi comparti del diritto privato sono stati rifondati dalle sentenze della Corte: in materia di rapporti di famiglia, anticipando la riforma del 1975, e poi via via adeguando le regole privatistiche alle nuove esigenze sociali sempre alla luce degli artt. 2, 3, 29, 30, 31; in materia di diritti della persona, con la elaborazione del diritto generale della personalità; in materia di diritto alla salute, con il riconoscimento del c.d. *danno biologico*; con la riformulazione della nozione di *danno morale*; con la posizione del principio generale di autodeterminazione e del *consenso informato*¹⁹. Per non parlare poi della disciplina della proprietà, di cui si è sottolineata anche recentemente la funzione sociale²⁰. Sul tema si è raccolta una letteratura pressoché sconfinata di diritto pubblico e di diritto privato²¹.

Gli stessi giudici della Corte hanno svolto studi e relazioni sui principi generali²².

3. *I principi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: i principi con funzione nomofilattica*

Nella selva immensa della giurisprudenza della Corte di Cassazione, richiamate tutte le precauzioni esposte in apertura del discorso, esaminando le massime raccolte nella banca di dati Italgireweb si possono distinguere diverse categorie di principi, ripartite

¹⁸ Sul c.d. diritto privato regionale v. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2013.

¹⁹ Corte cost., 23.12.2008, n. 438.

²⁰ Corte cost., 14.3.2014, n. 50, in un caso di canone locatizio abitativo di misura largamente superiore a quella minima fissata dalla legge.

²¹ Da ultimo v. U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato*. Vol. 1: *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013; C. SALVI (cur.), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2014.

²² V. ad es. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, 24-26 ottobre 2013; F. BILE, *La giustizia costituzionale nel 2006*, Roma, 8.2.2007, in cui gli orientamenti della Corte sono formulati secondo principi generali; e già F. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 153 ss.

innanzitutto secondo l'aggettivazione impiegata dal massimatore. Riscontriamo infatti formule espresse in termini di "principi generali" (circa 1220), oppure "principi generali del diritto" (24) "principi informatori" (3), "principi regolatori" (123) "principi supremi" (19) "principi di diritto comune" (12) "principi di diritto civile" (2). Salvo qualche caso in cui l'aggettivazione è tratta da norme di legge, come i principi informatori del giusto processo (Cass. 2012 n. 18551) l'aggettivazione di per sé non è indicativa di alcunché: e lo stesso richiamo ai principi non è risolutivo, ma semplicemente rafforzativo della soluzione, che, essendo "avallata" – in quanto ad essi conforme – dai principi generali, vorrebbe anche per questa ragione apparire incontestabile.

In altra ricerca ho documentato l'uso dei principi generali in materia di contratto. Qui i principi spesso si confondono o coincidono con *clausole generali*, e quindi espandono il potere discrezionale del giudice. Così è documentato da importanti contributi che si sono concentrati sulla giurisprudenza della Suprema Corte²³.

Osserva Michele Taruffo, nella prefazione a quest'ultima opera, che il controllo è strutturale alla competenza della Corte di Cassazione, perché rientra nella valutazione della legittimità dell'atto impugnato. Inoltre, valutando la conformità della decisione impugnata ai principi generali dell'ordinamento, che vengono esplicitati, la Corte esercita anche la sua istituzionale funzione nomofilattica. In questo senso, il controllo sui principi si ricollega alla funzione del *precedente*²⁴.

Non sfuggono però all'attenzione usi per così dire stravaganti dei principi generali, come il richiamo ai «principi generali del negozio giuridico», a proposito della interpretazione di uno statuto associativo²⁵; dico 'stravagante' perché la categoria del negozio giuridico, oggi storicizzata, appartiene al mondo della dommatica e non è mai penetrata nei testi normativi; oppure si registrano richiami curiosi, come quando si citano i principi generali «previsti dall'art. 2043

²³ V. ad es. F. ROSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Pol. dir.*, 1988, 667; ID., *Il controllo della cassazione sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983; E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003.

²⁴ V. G. ALPA, *cur.*, *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, vol. I, Torino, 2000.

²⁵ Cass. 2006, n. 11756.

cod.civ.»²⁶ (nella specie il richiamo sarebbe servito per escludere la responsabilità dell'Anas per i danni provocati ad un veicolo da un cinghiale che aveva attraversato improvvisamente la strada); in questo caso si sarebbe potuto invocare l'art. 2052 sulle cose in custodia, oppure la responsabilità degli enti locali per la circolazione degli animali selvaggi piuttosto che non la regola generale dell'art. 2043; ma le cose sono andate diversamente.

Ancora. Si è fatto riferimenti ai principi generali per affermare la responsabilità del notaio per i danni provocati dalla errata iscrizione di un'ipoteca²⁷, anche se, per la verità, si tratta semplicemente di responsabilità professionale e di inadempimento di un obbligo di diligenza tipico dell'attività notarile. Si sono invocati i principi generali per argomentare la risoluzione del contratto di locazione dovuta all'incendio del bene locato²⁸ anche se la fattispecie è prevista specificamente dagli artt. 1588 e 1589 cod.civ. E così si sono invocati i principi generali di buona fede e correttezza nel caso di mancata cooperazione del creditore per mitigare il danno²⁹ pur essendo questa ipotesi specificamente normata dall'art. 1227 c. 2 cod.civ.: è chiaro che si tratta di un comportamento rientrante nell'ambito di applicazione del principio di buona fede e, se si vuole, di cooperazione del creditore all'adempimento (art. 1174 cod.civ.), ma il richiamo al principio generale sarebbe stato giustificato solo se non si fosse prevista una norma *ad hoc*.

Ed allora ci si può chiedere se talvolta l'uso del sintagma sia meramente esornativo anziché essere fondativo della decisione.

Frequenti sono i richiami a principi diversi, per dare fondamento al medesimo argomento: alla solidarietà sociale di cui all'art. 3 Cost. congiuntamente alla buona fede per sanzionare l'escussione ingiustificata di una fideiussione da parte della banca³⁰; oppure alla buona fede congiuntamente al giusto processo, quanto il creditore frazioni il credito per moltiplicare le procedure esecutive in danno al debitore³¹.

²⁶ Cass. 2006, n. 7080.

²⁷ Cass. 2002, n. 398.

²⁸ Cass. 2003, n. 9199.

²⁹ Cass. 2005, n. 6735.

³⁰ Cass. 2006, n. 23273.

³¹ Cass. 2007, n. 23726.

È frequente il richiamo alla buona fede come principio autonomo rispetto alla esecuzione del contratto, per fondare la responsabilità per inadempimento *ex lege*³².

Talvolta si eleva a principio generale una regola prevista per un istituto particolare: attualmente la riduzione della penale eccessiva si considera espressione di un principio generale che serve a moralizzare la vita economica e a portare maggior giustizia nel contratto³³.

Singolare l'elevazione a principio *generale* della regola sullo *squilibrio contrattuale*, che è criterio di controllo della vessatorietà della clausola introdotto dalla direttiva n. 13 del 1993, ed ora incorporato nel Codice del consumo, all'art. 33. È chiaro in questo caso che si tratta di una regola speciale, non appartenente all'area del diritto comune, di una regola del tutto nuova nel nostro ordinamento, volta a disciplinare solo i contratti conclusi con i consumatori, abbinata alla buona fede ed applicabile solo se la clausola qualificata come vessatoria non sia stata negoziata o non abbia riprodotto una disposizione di legge.

Dobbiamo poi prendere atto che una regola inserita nella disciplina del contratto di subfornitura – quindi non sussumibile in sé e per sé in un principio generale – è diventata per contro un principio applicabile a tutti i contratti in quanto rivolta a sindacare l'*abuso di dipendenza economica*.

Talvolta questa fattispecie è confusa con quella, altrettanto specifica, di *abuso di posizione dominante* prevista dalla disciplina della concorrenza, come si evince da questa massima:

«La disparità di trattamento contrattuale non è abusiva – ai sensi dell'art. 3 legge n. 287 del 1990 – soltanto a condizione che il contraente che la pratica non si trovi in posizione dominante, perché, in tal caso, tale disparità è frutto del lecito esercizio dell'autonomia negoziale delle parti e trova nella controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie scelte contrattuali; mentre non è così quando la disparità di trattamento sia la conseguenza della posizione dominante di cui il contraente più forte abusi, a fronte della dipendenza economica dei contraenti più deboli, i quali sono costretti a sottostare a qualsiasi pretesa, dal momento che a loro è

³² Tra le tante v. Cass. 2005, n. 2855.

³³ Cass. 2010, n. 9504.

impossibile, o grandemente difficile, reperire sul mercato adeguate alternative»³⁴.

Credo tuttavia che la novità più rilevante in materia di principi generali nell'ultimo torno d'anni sia la scoperta (o forse potremmo dire la riscoperta) del principio di *abuso del diritto*. Poiché di questo principio fanno uso anche le altre Corti, e non solo la Corte di Cassazione, conviene posporre la trattazione di questo argomento.

Seguendo l'ordine del discorso in questo momento val la pena di verificare, per esempi e senza pretesa di completezza, le modalità con cui fanno impiego dei principi generali i giudici della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

4. *I principi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: i principi con funzione armonizzante*

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea fa un uso amplissimo dei principi e, grazie alla preziosa banca dati (*Curia*) in cui sono raccolti i provvedimenti della Grande Chambre e del Tribunale di prima istanza, l'osservatorio che si apre ai ricercatori si presenta come una vera e propria foresta. Ma, come per le foreste che non hanno strade e collegamenti interni ben segnati, occorre farsi strada...con il machete. Ciò perché sotto la voce "principes généraux" dell'indice della banca di dati (*Table des matières*) sono elencati più di cinquanta principi, a cui si debbono aggiungere le voci che riguardano i singoli diritti fondamentali che ai sensi dell'art. 6 del Trattato FUE sono da considerarsi principi generali. In connessione con ogni voce sono indicate le decisioni in cui il principio è stato applicato.

Sicché, almeno quantitativamente, si possono derivare da questo elenco alcune indicazioni significative. Innanzitutto, quelle relative ai principi più citati. Campeggiano, tra tutti, il diritto di difesa (300), il principio di proporzionalità (300), il principio di affidamento (300) il principio di certezza del diritto (*sécurité juridique*) (130), il principio di diligenza e buona amministrazione (100), il principio di tutela giurisdizionale effettiva (100).

Quanto alla provenienza dei principi, a parte quelli che nella cultura giuridica diffusa sono imputati alla creatività del legislatore e

³⁴ Cass. 2009, n. 3638.

del giudice comunitario, come il principio di proporzionalità o quello di sussidiarietà, che sono propri di un ordinamento sovranazionale in cui si pongono questioni di coordinamento e relazione con i sistemi giuridici nazionali, la maggior parte dei principi sono, per così dire, di “importazione”: obbediscono cioè alla storia intrinseca di questo formidabile strumento normativo e interpretativo, che affonda le sue radici nel diritto romano³⁵.

(a) *Questioni di diritto processuale*

Molti principi sono correlati con l'attività giurisdizionale della Corte e si riferiscono a questioni di diritto processuale: mi riferisco all'autorità di cosa giudicata, al processo giusto, al ritardo ragionevole della procedura, al ricorso giurisdizionale effettivo, al diritto d'azione collettiva, al diritto di difesa, al contraddittorio, all'“égalité des armes”, al principio “in dubio pro reo”, al divieto di reformatio in peius, al ne bis in idem, alla pubblicità del dibattimento, alla presunzione di innocenza, al “respect assuré par le juge communautaire”, all'interpretazione del dispositivo alla luce della motivazione, al principio *lex specialis derogat generali*.

(b) *Interpretazione*

Sempre tra i principi assunti come regolatori dell'interpretazione del giudice, si annoverano i principi di “non retroattività” della legge, *nulla poena nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine culpa*, *patere legem quam ipse fecisti*, buona amministrazione della giustizia, gerarchia delle norme interpretative.

A proposito della *interpretazione* della legge (comunitaria) i principi formulati dalla Corte riguardano la gerarchia delle norme, la tipologia dei criteri ermeneutici (storici, letterali, teleologici, analogici), la tipologia delle tecniche ermeneutiche (interpretazione letterale, stretta, sistematica, uniforme), la considerazione dei diversi usi linguistici, l'effetto utile (cioè conservativo) del processo ermeneutico, il *monopolio* dell'interpretazione del diritto comunitario da parte dei giudici comunitari, la conformità dell'interpretazione ai

³⁵ Per una ricognizione anche storica v. G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993 ed ora perspicuamente A. JANNARELLI, *op. ult. cit.*

principi generali del diritto comunitario, l'interpretazione conforme ai principi comuni degli Stati Membri. Si aggiunge a questi criteri il *valore del precedente* e l'utilità della *comparazione*.

Come premesso, sono enunciati poi i principi propri di un diritto sovranazionale che si pone in rapporto con i sistemi nazionali: sono i principi di "primauté" del diritto dell'Unione sui diritti nazionali, il principio di sussidiarietà, di proporzionalità, di precauzione, a cui si sono dedicati soprattutto i cultori del diritto dell'Unione europea.

(c) *Diritto sostanziale*

Una lunga teoria di principi riguardanti il diritto sostanziale ricalda in parte i principi che sono classificati ad vocem: in primo luogo il principio di eguaglianza inteso come parità di trattamento e divieto di discriminazione, l'equità (che è affiancato dalla "iniquità oggettiva"), la forza maggiore, l'arricchimento senza causa, la libertà di concorrenza, la cooperazione leale, la democrazia, la compensazione dei crediti, la buona fede, il segreto medico, il segreto negli affari, il segreto nella corrispondenza con il cliente, la certezza dei rapporti giuridici, la tutela dei dati personali, la tutela della proprietà, la difesa del minore, la protezione della famiglia, la dignità, la tutela della vita e dell'integrità, le libertà di associazione, di riunione, di espressione, di esercizio di attività economiche. In materia di responsabilità, si nota la presenza dei requisiti dell'atto illecito (nesso causale, pregiudizio, colpa); ma è codificato anche il principio di responsabilità senza colpa. In materia di diritto del lavoro, il congedo annuale pagato, la sicurezza sociale.

In osservanza alle disposizioni dei trattati in base ai quali i diritti fondamentali sono di per sé principi generali del diritto comunitario, ciascun diritto fondamentale è trattato a sé, ma deve essere incluso nella lista ricognitiva esposta nell'indice delle materie.

Come si può notare, molti sono i principi che provengono dalla tradizione giuridica degli ordinamenti che fanno parte dell'Unione, sia perché ripropongono massime di saggezza, le antiche *regulae iuris*, sia perché riflettono i principi costituzionali consacrati nelle Carte fondamentali, sia perché riprendono regole diffuse nei codici civili o comunque riconosciute negli ordinamenti dei Paesi aderenti all'Unione.

Su questi principi “comuni alla tradizione civilistica” si tornerà tra poco.

È utile considerare qualche esempio di utilizzazione dei principi.

Ecco un caso in materia di proprietà.

(d) Proprietà

Nella causa C-20/00 la Corte di Giustizia doveva risolvere alcune questioni pregiudiziali sollevate dalla Court of Session scozzese in una vicenda nella quale a causa di una epidemia i proprietari di un allevamento di pesci avevano dovuto procedere all'abbattimento di una certa quantità di pesci acquistati da un venditore. Così le espone la Corte:

«1) Nel caso in cui uno Stato membro, nell'adempimento dell'obbligo sancito dalla direttiva 93/53/CEE di disporre misure di controllo dirette a far fronte ad un'epidemia (...) adotti misure di diritto interno la cui applicazione comporti la distruzione e l'abbattimento di pesci, se i principi del diritto comunitario relativi alla tutela dei diritti fondamentali, in particolare del diritto di proprietà, debbano essere interpretati nel senso che impongono a tale Stato membro l'obbligo di prevedere la corresponsione di un indennizzo *a*) al proprietario dei pesci distrutti e *b*) al proprietario dei pesci di cui sia stato ingiunto l'abbattimento immediato. 2) Nel caso in cui uno Stato membro sia obbligato a prevedere un indennizzo, in base a quali criteri il giudice nazionale debba stabilire se i provvedimenti disposti siano compatibili con i diritti fondamentali, in particolare con il diritto di proprietà, di cui la Corte di giustizia assicura il rispetto e che sono sanciti, in particolare, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

Nell'ampia sentenza la Corte muove da una premessa molto ragionevole:

«i diritti fondamentali non risultano essere prerogative assolute, ma vanno considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune dei mercati, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano,

considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudichi la sostanza stessa di tali diritti»³⁶.

Sulla base di queste premesse la Corte ha stabilito che «in circostanze quali quelle delle fattispecie di cui alle cause principali, l'attuazione da parte di uno Stato membro di misure obbligatorie di lotta contro le malattie dell'elenco I identiche alle misure minime che la Comunità ha imposto per le dette malattie, senza prevedere la concessione di un indennizzo, non costituisce (...) un intervento sproporzionato e inammissibile tale da pregiudicare la sostanza stessa del diritto di proprietà.

D'altra parte, la distruzione e l'abbattimento immediati dei pesci che si trovano in un'azienda colpita da una delle malattie dell'elenco II consentono il ripristino, in uno Stato membro e il più rapidamente possibile, del riconoscimento di una zona compresa in una parte del territorio della Comunità in cui la detta malattia è assente. Un tale ripristino consente, quanto prima, la commercializzazione nella Comunità di pesci vivi delle specie sensibili alle dette malattie e il divieto, in una zona riconosciuta, della commercializzazione dei detti pesci vivi che non provengono da una zona riconosciuta o da un'azienda riconosciuta».

(e) *Persona*

Per i diritti della persona occorrerebbe svolgere un capitolo a sé stante, ma, ai fini di questa ricerca, possiamo limitarci ad alcuni riferimenti. Iniziando, in particolare, dal principio di dignità.

Il più celebre tra i giudizi in materia è quello del caso *Omega* (C-36/02), che riguardava la legittimità della diffusione di un gioco elettronico per bambini consistente nella utilizzazione della persona umana come bersaglio da colpire.

La questione pregiudiziale è così rappresentata dalla Corte: «il giudice del rinvio chiede, da un lato, se il divieto riguardante un'attività economica per ragioni di tutela dei valori fondamentali sanciti dalla Costituzione nazionale, come, in questo caso, la dignità umana, sia compatibile con il diritto comunitario e, dall'altro, se la facoltà di

³⁶ V. sentenze 13 luglio 1989, causa 5/88, Wachauf, *Racc.*, 2609, punto 18; 10 gennaio 1992, causa C-177/90, Kühn, *Racc.*, I-35, punto 16, e 15 aprile 1997, causa C-22/94, Irish Farmers Association e a., *Racc.*, I-1809, punto 27.

cui dispongono gli Stati membri di limitare, per tali ragioni, determinate libertà fondamentali garantite dal Trattato, ossia le libertà di prestazione dei servizi e di circolazione delle merci, sia subordinata, come potrebbe indicare la citata sentenza Schindler, alla condizione che tale restrizione si basi su una concezione del diritto comune a tutti gli Stati membri».

Il caso ha ricevuto molti commenti, ed è interessante perché la Corte doveva bilanciare due diritti fondamentali, la dignità da un lato e la libertà di prestazione di servizi e la libera circolazione delle merci dall'altro. Dopo una articolata riflessione la Corte argomenta in questo modo:

«Poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone (...), sia alla Comunità sia ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servizi³⁷. Tuttavia si deve rilevare che misure restrittive della libera prestazione dei servizi possono essere giustificate da motivi connessi con l'ordine pubblico solo ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che mirano a garantire e solo a condizione che tali obiettivi non possano essere conseguiti con provvedimenti meno restrittivi»³⁸.

Anche la tutela della persona, *sub specie* di tutela della privacy nella raccolta conservazione e utilizzazione dei dati personali, deve fare i conti con la libertà di prestazione di servizi, e quindi richiede un bilanciamento dei principi in gioco.

In un caso recente³⁹ la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche)⁴⁰, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento euro-

³⁷ V., per quanto riguarda la libera circolazione delle merci, citata sentenza Schmidberger, punto 74.

³⁸ V., per quanto riguarda la libera circolazione dei capitali, citata sentenza *Église de scientologie*, punto 18.

³⁹ *Digital Rights Ireland Ltd.*, C-293/12, sentenza dell'8 aprile 2014.

⁴⁰ GU L 201, 37.

peo e del Consiglio, del 25 novembre 2009⁴¹, che ha per obiettivo l'armonizzazione delle disposizioni degli Stati membri necessarie per assicurare un livello equivalente di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata e alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche e per assicurare la libera circolazione di tali dati e delle apparecchiature e dei servizi di comunicazione elettronica all'interno dell'Unione europea.

Qui vengono in emersione i diritti fondamentali (diritto alla vita privata e protezione dei dati personali, in particolare il diritto all'oblio), il diritto allo svolgimento dell'attività economica e alla prestazione di servizi, l'interesse pubblico alla sicurezza; il bilanciamento di questi diritti/principi si effettua mediante il principio di *proporzionalità*.

Nel giudizio sono confluiti diversi procedimenti per questioni sollevate da varie Corti e su articolate questione tutte connesse al diritto alla vita privata e alla conservazione dei dati digitali utilizzati nelle comunicazioni elettroniche e nella telefonia. La Corte, riuniti i procedimenti, precisa, a mo' di premessa generale che «per accertare l'esistenza di un'ingerenza nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata, poco importa che le informazioni relative alla vita privata di cui trattasi abbiano o meno un carattere sensibile o che gli interessati abbiano o meno subito eventuali inconvenienti in seguito a tale ingerenza⁴². Di conseguenza, l'obbligo, imposto dagli articoli 3 e 6 della direttiva 2006/24 ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione elettronica, di conservare per un certo periodo dati relativi alla vita privata di una persona e alle sue comunicazioni, come quelli previsti dall'articolo 5 della suddetta direttiva, costituisce di per sé un'ingerenza nei diritti garantiti dall'articolo 7 della Carta».

La Corte sindacava quindi un comportamento che era lecito, in quanto conforme alla direttiva, e si avvede che era il testo della direttiva a presentare aspetti di criticità, in quanto diretto a consentire la violazione dell'art. 7 della Carta. Ma non basta. La Corte rileva che «l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati costituisce

⁴¹ GU L 337, 11.

⁴² V., in tal senso, sentenza Österreichischer Rundfunk e a., C-465/00, C-138/01 e C-139/01, EU:C:2003:294, punto 75.

un'ingerenza supplementare in tale diritto fondamentale⁴³. Pertanto, anche gli articoli 4 e 8 della direttiva 2006/24, i quali prevedono regole relative all'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati, sono costitutivi di un'ingerenza nei diritti garantiti dall'articolo 7 della Carta. Parimenti, la direttiva 2006/24 è costitutiva di un'ingerenza nel diritto fondamentale alla protezione dei dati personali garantito dall'articolo 8 della Carta, poiché prevede un trattamento dei dati personali. È giocoforza constatare che l'ingerenza che la direttiva 2006/24 comporta nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta si rivela essere, come peraltro osserva l'avvocato generale, in particolare ai paragrafi 77 e 80 delle sue conclusioni, di vasta portata e va considerata particolarmente grave. Inoltre, il fatto che la conservazione dei dati e l'utilizzo ulteriore degli stessi siano effettuati senza che l'abbonato o l'utente registrato ne siano informati può ingenerare nelle persone interessate, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 52 e 72 delle sue conclusioni, la sensazione che la loro vita privata sia oggetto di costante sorveglianza».

Di qui allora l'esigenza di bilanciare gli interessi in gioco.

Applicando il principio di proporzionalità la Corte ritiene, in base all'art. 52, paragrafo 1, della Carta, che possano essere apportate limitazioni a questi diritti e libertà solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Sulla base di queste premesse la Corte non ritiene che la conservazione dei dati costituisca una ingerenza particolarmente grave di questi diritti perché la conservazione non implica la possibilità di conoscere il contenuto dei dati, e quindi non si violerebbe direttamente l'art. 7 della Carta (che tutela la vita privata). Allo stesso modo per l'art. 8 (che tutela i dati personali) perché i fornitori di servizi hanno limitazioni nella conservazione di tali dati.

Il problema si rivela più delicato nel bilanciare questi diritti fondamentali con l'interesse alla sicurezza generale e all'azione delle pubbliche Amministrazioni, perché, osserva la Corte, "l'obiettivo so-

⁴³ V., per quanto riguarda l'articolo 8 della CEDU, sentenze della Corte EDU, *Leander c. Svezia*, del 26 marzo 1987, serie A n. 116, § 48; *Rotaru c. Romania* [GC], n. 28341/95, § 46, CEDU 2000-V, nonché *Weber e Saravia c. Germania* (dec.), n. 54934/00, § 79, CEDU 2006-XI.

stanziale della direttiva è pertanto quello di contribuire alla lotta contro la criminalità grave e, di conseguenza, in ultima analisi, alla sicurezza pubblica”. Si tratta di un interesse a cui l’Unione tiene particolarmente; e sono gli stessi giudici a ricordare che «come emerge dalla giurisprudenza della Corte, la lotta contro il terrorismo internazionale finalizzata al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali costituisce un *obiettivo di interesse generale dell’Unione*⁴⁴. Lo stesso vale per la lotta contro la criminalità grave al fine di garantire la sicurezza pubblica»⁴⁵. I giudici sottolineano inoltre che l’articolo 6 della Carta enuncia il diritto di ogni persona non solo alla libertà, ma altresì alla *sicurezza*.

Si impone dunque l’applicazione attenta del principio di proporzionalità.

A questo proposito la Corte precisa che «il principio di proporzionalità esige, secondo una costante giurisprudenza della Corte, che gli atti delle istituzioni dell’Unione siano idonei a realizzare gli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli obiettivi stessi»⁴⁶.

Per poter giustificare dunque la lesione di un diritto fondamentale occorre tener conto di più fattori concorrenti: la natura del diritto come garantito dalla Carta, la natura e la gravità dell’ingerenza nonché la finalità di quest’ultima⁴⁷.

Anche sotto questo profilo la Corte giustifica la necessità di conservare i dati personali “tenuto conto della crescente importanza dei mezzi di comunicazione elettronica” in quanto «i dati che debbono essere conservati in attuazione della detta direttiva permettono alle autorità nazionali competenti in materia di perseguimento di

⁴⁴ V., in tal senso, sentenze Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione, C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, punto 363, nonché Al-Aqsa/Consiglio, C-539/10 P e C-550/10 P, EU:C:2012:711, punto 130.

⁴⁵ V., in tal senso, sentenza Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, punti 46 e 47.

⁴⁶ V., in tal senso, sentenze Afton Chemical, C-343/09, EU:C:2010:419, punto 45; Volker und Markus Schecke e Eifert, EU:C:2010:662, punto 74; Nelson e a., C-581/10 e C-629/10, EU:C:2012:657, punto 71; Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, punto 50, nonché Schaible, C-101/12, EU:C:2013:661, punto 29.

⁴⁷ V., per analogia, per quanto riguarda l’articolo 8 della CEDU, sentenza Corte EDU, S e Marper c. Regno Unito [GC], nn. 30562/04 e 30566/04, § 102, CEDU 2008-V.

reati di disporre di possibilità supplementari di accertamento dei reati gravi e, al riguardo, costituiscono quindi uno strumento utile per le indagini penali. Pertanto, la conservazione dei suddetti dati può essere considerata come idonea a realizzare l'obiettivo perseguito dalla suddetta direttiva». Ed è evidente che la lotta contro la criminalità grave, in particolare contro la criminalità organizzata e il terrorismo, è di capitale importanza per garantire la sicurezza pubblica e la sua efficacia può dipendere in larga misura dall'uso delle moderne tecniche di indagine.

Fatte tutte queste premesse, che precluderebbero ad una declaratoria di legittimità della direttiva, la Corte, invece, esclude che la normativa, così come prevista, sia corretta: «simile obiettivo di interesse generale, per quanto fondamentale, non può di per sé giustificare il fatto che una misura di conservazione, come quella istituita dalla direttiva 2006/24, sia considerata necessaria ai fini della suddetta lotta e che (...). Pertanto, la normativa dell'Unione (...) deve prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura de qua e impongano requisiti minimi in modo che le persone i cui dati sono stati conservati dispongano di garanzie sufficienti che permettano di proteggere efficacemente i loro dati personali contro il rischio di abusi nonché contro eventuali accessi e usi illeciti dei suddetti dati»⁴⁸.

In altri termini, le disposizioni sono a maglie troppo larghe, l'accesso ai dati da parte delle autorità troppo libero.

È dunque un bilanciamento di interessi nel quale si fronteggiano i diritti della persona e i poteri dell'Autorità. In questo caso, è l'Autorità a soccombere, proprio grazie al principio di proporzionalità.

Con parole persuasive la Corte argomenta la conclusione, che porta alla declaratoria della *invalidità della direttiva*: «la direttiva 2006/24 riguarda in maniera globale l'insieme delle persone che fanno uso dei mezzi di comunicazione elettronica, senza tuttavia che le persone i cui dati vengono conservati debbano trovarsi, anche indirettamente, in una situazione che possa dar luogo a indagini penali. Essa pertanto si applica anche a persone per le quali non esiste alcun

⁴⁸ V., per analogia, per quanto riguarda l'articolo 8 della CEDU, sentenze Corte EDU, Liberty e altri c. Regno Unito, n. 58243/00, §§ 62 e 63, del 1° luglio 2008; Rotaru c. Romania, cit., §§ da 57 a 59, nonché S e Marper c. Regno Unito, cit., § 99.

indizio tale da far credere che il loro comportamento possa avere un nesso, ancorché indiretto o lontano, con reati gravi. Inoltre, essa non prevede alcuna deroga, e pertanto si applica anche a persone le cui comunicazioni sono soggette, in base alle norme del diritto nazionale, al segreto professionale. Dall'altro lato, pur mirando a contribuire alla lotta contro la criminalità grave, la suddetta direttiva non impone alcuna relazione tra i dati di cui prevede la conservazione e una minaccia per la sicurezza pubblica e, in particolare, non limita la conservazione dei dati a quelli relativi a un determinato periodo di tempo e/o a un'area geografica determinata e/o a una cerchia di persone determinate che possano essere coinvolte, in un modo o nell'altro, in un reato grave, né alle persone la conservazione dei cui dati, per altri motivi, potrebbe contribuire alla prevenzione, all'accertamento o al perseguimento di reati gravi». E sono troppo circoscritte le garanzie che si debbono assicurare per difendere i diritti fondamentali coinvolti.

(f) *Diritto all'informazione e repressione dell'aborto*

Nel caso *Grogan* la Corte risolve uno spinoso problema, riguardante la diffusione di informazioni (un diritto fondamentale) che si contrappone ad un altro diritto fondamentale, il diritto di opinione. Entrambi i diritti erano riferiti ad associazioni: il primo ad una associazione studentesca irlandese che faceva propaganda ai metodi abortivi praticati all'estero, il secondo ad una associazione per la tutela del diritto alla vita, che difendeva la legislazione antiabortista irlandese. La questione implicava anche la libertà di servizi, intendendosi come tali non solo le informazioni ma anche le prestazioni mediche oggetto delle informazioni.

Il caso è classificato nell'indice delle materie come risolto a tutelare la vita, valore difeso dalla associazione che si era prodigata per far cessare questa attività informativa. La questione pregiudiziale era così formulata: «1) Se un'attività organizzata o una pratica dirette a procurare l'aborto o l'interruzione della gravidanza per intervento medico rientrano nella definizione di 'servizi' contemplata nell'art. 60 del Trattato CEE. 2) Se, in mancanza di qualsiasi misura che stabilisca il ravvicinamento delle normative degli Stati membri relative alle attività organizzate o alle pratiche per procurare l'aborto o l'interruzione della gravidanza per intervento medico, uno Stato membro

possa vietare la diffusione di specifiche informazioni sull'identità, l'ubicazione di una o più cliniche determinate di un altro Stato membro in cui vengono praticati aborti o sulle modalità per entrare con esse in contatto. 3) Se nel diritto comunitario un soggetto disponga del diritto di diffondere nello Stato membro A specifiche informazioni sull'identità, l'ubicazione di una o più determinate cliniche di uno Stato membro B in cui vengono praticati aborti e sulle modalità per entrare con esse in contatto, qualora il procurato aborto sia vietato dalla costituzione e dalla legge penale dello Stato membro A, ma sia lecito, a determinate condizioni, nello Stato membro B»».

Trattandosi di questione inerente alla interruzione della gravidanza, materia riservata ai diritti nazionali, la Corte ha avuto buon gioco nell'astenersi dal giudicare direttamente nel merito, ed ha ritenuto che il divieto non fosse incompatibile con il diritto comunitario.

Ma la materia è complessa, perché la stessa Corte di Strasburgo non ha saputo definire il diritto all'aborto come un diritto fondamentale, anche se nell'affaire A, B et C c. Irlanda⁴⁹ del 16 dicembre 2010 ha stabilito che pur non violando l'art. 8 della Convenzione europea in materia di tutela della vita privata, la disciplina antiabortista irlandese, che consente alla donna di abortire solo in caso di rischio alla vita, è troppo generica e tale da non proteggere adeguatamente la persona. La sentenza, molto elaborata, è stata oggetto di una lettura bustrofedica, e quindi ha portato a conclusioni tra loro opposte, ma si affida anch'essa ai principi generali per poter dirimere la problematica, che si è risolta con la condanna dell'Irlanda quanto ad una delle questioni ad essa sottoposte, rinviando al Parlamento irlandese per le precisazioni ulteriori del dettato normativo.

(g) *Responsabilità civile*

In materia di responsabilità civile i principi applicati dalla Corte riguardano diversi ambiti, sia quelli propri della responsabilità del datore di lavoro per i danni commessi dalle istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni “conformemente ai *principi generali comuni al diritto degli Stati membri*” (art. 340 TFUE), sia con riguardo alla responsabilità degli Stati membri per l'errata appli-

⁴⁹ Requête no 25579/05.

cazione del diritto comunitario, e quindi anche alla responsabilità per l'applicazione del diritto comunitario da parte del giudice nazionale⁵⁰, sia con riguardo alla disciplina delle diverse attività di imprese e professionisti, come ad es. quella derivante dalla produzione, distribuzione e fornitura di prodotti difettosi o servizi dannosi.

Proprio dal principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è nato il procedimento di infrazione nei confronti dell'Italia per la formulazione – ritenuta troppo restrittiva – della legge vigente in tema di responsabilità del magistrato. Il tema è aperto, e la questione è attualmente oggetto di ampio dibattito in Parlamento. Per la configurazione dell'illecito dello Stato per il comportamento del giudice si fa rinvio alle ricerche pregresse.

Conviene tuttavia ricordare che i precedenti più importanti riguardano due vicende, l'una relativa alla violazione del diritto comunitario da parte dello Stato tedesco in ordine al regime di importazione della birra, l'altra la violazione del Regno Unito in ordine al regime della navigazione marittima inerente alla iscrizione dei pescherecci; in entrambi i casi le legislazioni erano troppo restrittive e favorevoli agli imprenditori nazionali⁵¹.

L'accertamento della responsabilità è condizionato ad alcuni requisiti essenziali: l'esistenza di una disposizione comunitaria che attribuisca diritti ai singoli; la gravità della violazione; un danno concreto e apprezzabile; il nesso di causalità tra la violazione e il danno risentito. Mentre la sussistenza del nesso causale e l'entità del risarcimento appartengono – secondo la Corte di Giustizia – al merito, e quindi sono affidati alla competenza del giudice nazionale, i primi due requisiti devono essere accertati in sede comunitaria. La natura della responsabilità è legata a indici oggettivi.

Quanto al risarcimento del danno, la Corte ha stabilito che il risarcimento deve essere adeguato al danno e i criteri di liquidazione non possono essere più sfavorevoli di quelli previsti per la responsa-

⁵⁰ Emblematici a questo proposito sono i casi C. Giust. UE, 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*; 13.6.2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; 24.11.2011, C-379/10, *Commissione c. Italia*.

⁵¹ CGCE, 5.3.1996, C-46, in *Foro it.*, 1996, IV, 185, sul caso *Brasserie du Pêcheur*; CGCE, 5.3.1996, C-48/93, sul caso *Factortame III*; il problema era stato affrontato, ma sotto il profilo della applicazione della disciplina nazionale al regime di responsabilità, nel caso *Francoovich* (CGCE, 19.11.1991, C-6/90 e C-9/90, in *Foro it.*, 1992, IV, 145, nn.Barone e Pardolesi, Ponzanelli).

bilità civile domestica; inoltre si deve tener conto della mitigazione del danno, del lucro cessante ed eventualmente dei danni “esemplari”, nonché della possibilità di reintegrazione in forma specifica⁵².

Merita invece maggiore attenzione il primo profilo, specie quando esso è connesso con i danni derivanti dall’attività normativa delle istituzioni comunitarie. Il Testo del TFUE si occupa della *responsabilità diretta* della Banca centrale europea, ma non delle altre Istituzioni per l’attività propria.

Il caso – *Dubois* – è sorto – in particolare – per la soppressione della categoria degli agenti doganali a seguito della liberalizzazione del mercato interno avvenuta con l’Atto unico del 1986. Come si legge nella sentenza del Tribunale⁵³ «la causa aveva ad oggetto una domanda di risarcimento danni proposta ai sensi degli artt. 178 e 215, secondo comma, del Trattato CE e diretta ad ottenere la condanna della Comunità al risarcimento del preteso danno subito dalla ricorrente in conseguenza dell’istituzione, a partire dal 1° gennaio 1993, del mercato interno ai sensi dell’Atto unico europeo, e della conseguente soppressione dell’attività di spedizioniere doganale svolta sino a quel momento dalla ricorrente sul territorio francese».

La ricorrente era una società per azioni di diritto francese con quaranta succursali e corrispondenti che svolgeva l’attività di spedizioniere; asseriva di aver subito la soppressione della sua attività a seguito dell’approvazione dell’Atto unico, e aveva concluso per far dichiarare i convenuti responsabili, ai sensi dell’art. 215 c. 2 del Trattato CE, del danno ad essa causato dalle ripercussioni, sulla propria attività di spedizioniere doganale, dell’applicazione dell’Atto unico, che istituiva uno spazio senza frontiere fra gli Stati membri della Comunità a partire dal 1° gennaio 1993; intendeva perciò far condannare in solido il Consiglio e la Commissione a versare alla ricorrente, a titolo di risarcimento di tale danno, la somma di 112 339 702 FF più le spese di giudizio.

In sostanza, le domande erano due: una, fondata sulla responsabilità oggettiva della Comunità e l’altra, in subordine, fondata sulla responsabilità per fatto illecito della Comunità. La distinzione delle

⁵² Sul punto v. TORIELLO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Contr. impresa/Europa*, 1997, 701 ss. con riferimenti ampi alla giurisprudenza della CGCE.

⁵³ Causa T-113/96 del 29.1.1998.

due fattispecie può apparire curiosa al giurista italiano, perché la responsabilità oggettiva non è una fattispecie di responsabilità che esula dal fatto illecito: ma qui il ragionamento dell'attrice è svolto secondo i moduli del diritto francese, in cui il fatto illecito è collegato al *dolo* o alla *colpa*, e negli altri casi le ipotesi di responsabilità sono considerate eccezionali.

È interessante approfondire le argomentazioni impiegate dalla ricorrente per capire il modo nel quale la Corte intende il "principio responsabilità". Così le riassume la sentenza: «Il primo motivo si basa sulla nozione di lesione dell'uguaglianza di fronte agli oneri pubblici, tratta dal diritto amministrativo francese. Tale teoria consentirebbe di risarcire chi possa provare di aver subito, in assenza di fatto illecito, un danno anormale, specifico e diretto. La ricorrente ritiene che l'applicazione dell'Atto unico abbia comportato, a suo danno, una lesione dell'uguaglianza di fronte agli oneri pubblici e le abbia causato un danno anormale, specifico e diretto. Infatti, l'applicazione di tale trattato internazionale avrebbe comportato la soppressione dell'attività specifica di spedizioniere doganale nell'ambito degli scambi intracomunitari e quindi la perdita irreparabile dell'impresa commerciale della ricorrente, nonché oneri eccezionali di gestione nei settori sociale, tecnico ed amministrativo. Richiamandosi alla comunicazione della Commissione⁵⁴, nonché al regolamento n. 3904/92, in cui, nel quinto 'considerando' della motivazione, si rileva che la «soppressione delle formalità doganali alle frontiere intracomunitarie metterà bruscamente fine alle attività intracomunitarie di questa professione», la ricorrente considera che tale nesso di causalità diretta è difficilmente contestabile.

Il secondo motivo si ispira alla nozione di intervento equivalente ad un esproprio, tratta dal diritto tedesco. La ricorrente afferma, al riguardo, che l'applicazione dell'Atto unico costituirebbe nei suoi confronti un intervento equivalente ad un esproprio. Essa si richiama alle conclusioni dell'avvocato generale Sir Gordon Slynn per la sentenza 6 dicembre 1984, causa 59/83, Biovilac/CEE⁵⁵, in cui si rileva che «se la Comunità avesse il diritto di espropriare i beni, al proprietario spetterebbe una contropartita, che potrebbe venire attribuita in esito ad un'azione esperita a norma dell'art. 215, secondo

⁵⁴ P. 1, secondo capoverso.

⁵⁵ *Racc.*, 4057, 4091.

comma». La ricorrente conclude che tale principio è applicabile nei suoi confronti.

Il Tribunale affronta la tematica sotto il profilo formale e ragiona in termini di imputabilità. Del danno non può rispondere la Comunità perché l'Atto unico non è un atto della Comunità, ma un trattato, sottoscritto dagli Stati Membri. Le norme invocate – artt. 178 e 215 del Trattato CE – non si possono applicare estensivamente a fattispecie diverse da quelle espressamente disciplinate.

In questo modo i giudici risolvono il problema alla radice.

Quanto alla responsabilità per fatto illecito vengono in emersione altri principi generali. Ricordano i giudici che «a sostegno della domanda formulata in subordinate, fondata sulla responsabilità per fatto illecito, la ricorrente fa valere che i convenuti avrebbero posto in essere, nell'applicazione dell'Atto unico nonché nell'ambito dell'esame dei provvedimenti adottati in previsione degli effetti dell'Atto unico stesso o per controllarne talune conseguenze, violazioni gravi e manifeste di norme giuridiche di rango superiore dirette a tutelare i singoli. La ricorrente rileva, al riguardo, il preteso carattere insufficiente degli interventi compensativi della Comunità previsti dal regolamento n. 3904/92.

Le norme giuridiche di rango superiore dirette a tutelare i singoli violate dai convenuti sarebbero i principi del *rispetto dei diritti acquisiti* e di tutela del *legittimo affidamento*.

Prima di procedere all'esame degli addebiti specifici il Tribunale espone la struttura dell'illecito comunitario: «si deve ricordare, in limine, che, secondo una giurisprudenza consolidata, il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità presuppone che la parte ricorrente provi l'illiceità del comportamento contestato all'istituzione interessata, l'effettività del danno e l'esistenza di un nesso di causalità tra tale comportamento e il danno lamentato»⁵⁶.

Sulla base di questa premessa i giudici escludono che vi sia stata lesione dell'affidamento e di diritti quesiti.

⁵⁶ V. sentenze della Corte 29 settembre 1982, causa 26/81, Oleifici Mediterranei/CEE, *Racc.*, 3057, punto 16, e del Tribunale 13 dicembre 1995, cause riunite T-481/93 e T-484/93, *Exporteurs in Levende Varkens e a./Commissione*, *Racc.*, II-2941, punto 80; 11 luglio 1996, causa T-175/94, *International Procurement Services/Commissione*, *Racc.*, II-729, punto 44; 16 ottobre 1996, causa T-336/94, *Efisol/Commissione*, *Racc.*, II-1343, punto 30, e 11 luglio 1997, causa T-267/94, *Oleifici italiani/Commissione*, *Racc.*, II-1239, punto 20.

Più spinosa era però una questione aggiuntiva riguardante le scelte politiche di evidente natura discrezionale fatte dalla Comunità e la presunta “espropriazione” dell’attività subita dalla ricorrente. In effetti, lo svolgimento di una attività economica è da considerarsi oggetto di un diritto fondamentale, sì che se la Comunità avesse violato un diritto fondamentale, il diritto al risarcimento non si sarebbe potuto negare.

A questo proposito osservano i giudici:

«I diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto dei quali i giudici comunitari garantiscono l’osservanza. Nel garantire la tutela di tali diritti, questi ultimi sono tenuti ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbero quindi essere ammessi nella Comunità provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni di tali Stati. I Trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell’uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tener conto⁵⁷.

Il diritto al libero esercizio delle attività professionali fa parte dei principi generali del diritto comunitario. Tale principio non costituisce tuttavia una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni al libero esercizio di un’attività professionale, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa del diritto così garantito⁵⁸.

Nella fattispecie, il Tribunale rileva che la realizzazione del mercato interno non pregiudica l’esistenza dell’impresa della ricorrente o l’essenza della libera scelta della professione. Essa non incide direttamente, bensì solo indirettamente, su un diritto relativo a quest’ultima, in quanto l’abolizione di talune formalità doganali e fiscali ad essa conseguenti produce talune ripercussioni sulle possibilità di gestione dell’impresa della ricorrente e, solo a seguito di ciò, sull’e-

⁵⁷ Sentenze della Corte 13 dicembre 1979, causa 44/79, Hauer, *Racc.*, 3727, punto 15, e parere della Corte 28 marzo 1996, 2/94, *Racc.*, I-1759, punto 33.

⁵⁸ Sentenze della Corte 11 luglio 1989, causa 265/87, Schröder, *Racc.*, 2237, punto 15; 30 luglio 1996, causa C-84/95, Bosphorus, *Racc.*, I-3953, punto 21, e del Tribunale 15 aprile 1997, causa T-390/94, Schröder e a./Commissione, *Racc.*, II-501, punto 125.

esercizio della professione. Si deve poi rilevare che la realizzazione del mercato interno costituisce un obiettivo di evidente interesse generale. In considerazione della finalità essenziale così perseguita, essa non implica alcuna indebita limitazione all'esercizio del diritto fondamentale di cui trattasi».

In tal modo, bilanciando gli interessi – e quindi i principi – in gioco, i giudici risolvono una spinosa questione che avrebbe, se risolta in senso affermativo, compromesso di molto l'azione economica della Comunità.

5. *I diritti fondamentali come principi generali di diritto contrattuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*

Il riferimento ai diritti fondamentali contenuti nella Carta è essenziale, ma ovviamente il discorso involge tutto il dibattito sul riconoscimento in ambito europeo dei principi comuni riguardanti la persona diffusi e riconosciuti nelle Carte costituzionali dei Paesi Membri. Ed involge anche il rapporto tra la Carta dell'Unione e la Carta europea dei diritti dell'uomo, nonché il cosiddetto dialogo tra le Corti, la tutela multilivello dei diritti fondamentali, e il coordinamento delle pronunce delle Corti le quali con diversa competenza e con un raggio d'azione diverso si occupano della materia dei diritti fondamentali.

Proprio le pronunce delle Corti dimostrano che i diritti fondamentali sono intesi come principi generali, di volta in volta presentati sotto forma di valori della persona.

L'esperienza ci insegna che, al di là delle formule più o meno rigorose e tecnicamente corrette, la funzione del diritto si esprime attraverso valori-principi-diritti e che la legittimazione di un principio può essere effettuata dai giudici nella loro attività di ius dicere sì che in così fare i diritti fondamentali diventano "diritto vivente".

Il mercato del lavoro, e quindi il contratto di lavoro, è stato il bersaglio più frequentemente colpito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla base di principi generali quali il principio di eguaglianza (qui sotto forma di parità tra uomo e donna nel trattamento pensionistico), diritto fondamentale riconosciuto da tutte le Costituzioni moderne, e dalle prime dichiarazioni dei diritti. Si può leggere il testo anche nel senso inverso, e cioè come applicazione del principio di non discriminazione. Non è il caso in questa sede di pas-

sare in rassegna i casi più eclatanti, come il caso Bartsch⁵⁹, o i casi di applicazione del principio di dignità della persona⁶⁰ o i casi riguardanti il principio di libera circolazione dei lavoratori. In materia di contratti è esemplare il caso Omega Spielhallen⁶¹ in cui si sono vietati giochi che usavano strumenti di elettronici in cui figure umane fungevano da bersaglio⁶².

Più di recente, in materia di contratti di assicurazione, la Corte di Giustizia ha stabilito che l'art. 5 n. 2 della direttiva 2004/113/CE sul principio di eguaglianza tra uomini e donne è invalido e quindi le clausole contenute nelle polizze assicurative che discriminano le donne, per età, rispetto agli uomini, sono nulle⁶³.

Un'analisi attenta dell'impatto dei diritti fondamentali sulla giurisprudenza delle corti dovrebbe include la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e la giurisprudenza delle Corti supreme, oltre che ovviamente quella delle Corti costituzionali. Ma nell'economia di questa relazione si può fare rinvio alle raccolte che hanno accompagnato l'evoluzione della Corte di Strasburgo in materia, senza dimenticare però che quella Corte tende a considerare i diritti fondamentali più che come principi generali come posizioni soggettive forti che i singoli hanno diritto di rivendicare nei confronti degli Stati di cui sono cittadini od ospiti ottenendo però, come rimedio alla violazione, una condanna risarcitoria dello Stato violatore.

6. *L'osmosi dei principi: i "principi generali del diritto civile" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*

L'esame dei casi più significativi sottoposti al giudizio della Corte è alla base di alcuni pregevoli contributi di studiosi olandesi e tedeschi⁶⁴.

⁵⁹ Del 13.9.2008, n. C-46/07.

⁶⁰ C-152/82 13.11.1990.

⁶¹ C-36/02.

⁶² C-36/02.

⁶³ C-236/09. Una ricca e dotta raccolta di casi commentati si deve ora a COSIO-FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2012; in argomento v. *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, a cura di Ruggeri, Napoli, 2012.

⁶⁴ M. HESSELINK, *The General Principles of Civil Law»: Their Nature, Roles and Legitimacy*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, 35, 2011; K. PURNHAGEN, *Principles of European Private or Civil Law? A Reminder of the Symbiotic*

Nel caso della *Société thermale d'Eugénie-Les-Bains* si discuteva se il deposito effettuato dal cliente a titolo di prenotazione per il soggiorno in albergo dovesse considerarsi un servizio separato rispetto al contratto d'albergo e quindi essere assoggettato a un trattamento fiscale diverso. La Corte ha invocato i *principi generali del diritto civile* per sostenere che le obbligazioni discendenti dal contratto d'albergo impongono di adempiere il contratto correttamente, e quindi le due operazioni non si potevano considerare separate.

La Corte pur dovendo interpretare le regole fiscali comunitarie, e non quelle proprie del diritto francese (il caso era per l'appunto francese) ha preso lo spunto dalle disposizioni del *Code civil* (art. 1590) e dal *Code de la consommation* francesi per pervenire a quel risultato. Al di là della valutazione del caso nel merito, e della configurazione giuridica della "prenotazione", rispetto al contratto d'albergo, che potrebbe portare a diverse conclusioni, è evidente il richiamo ad un principio desunto da un ordinamento statale, anche se condiviso da tutti gli ordinamenti statuali degli altri Paesi Membri, il principio in base al quale il contratto ha forza vincolante tra le parti e quindi deve essere eseguito puntualmente: il riferimento però è servito per risolvere un caso che riguardava l'applicazione del diritto comunitario⁶⁵.

Un altro esempio è dato dal caso *Hamilton*⁶⁶, in cui la Corte doveva rispondere alla questione se il consumatore (tedesco), che aveva concluso un contratto al di fuori dei locali commerciali, potesse esercitare il diritto di recesso, essendo ormai trascorso un mese dal momento in cui le prestazioni erano state compiutamente eseguite; il recesso era fondato sul fatto che il consumatore non aveva ricevuto informazioni corrette prima della conclusione del contratto e quindi si era indotto a concluderlo senza avere un quadro completo di dati per l'adeguata valutazione della convenienza dell'affare.

La Corte ha utilizzato i *principi generali del diritto civile* (senza riferirsi all'ordinamento comunitario, ma) avendo riguardo ad una regola di logica, non ad una regola di diritto scritto. Ma al di là dell'esattezza della soluzione, il semplice richiamo a principi di diritto

Relationship between the FCJ and the DCFR in a Pluralistic European Private Law, in *European Law Journal*, 18, 2012, 844 ss.; J. BASEDOW *The Court of Justice and Private Law*», cit.

⁶⁵ C-277/05.

civile sembra evocare le *regulae iuris* di tradizione romanistica, piuttosto che non (come aveva proposto l'Avvocato generale nel caso di specie) principi comuni di diritto civile condivisi dagli ordinamenti statuali degli Stati membri.

L'impiego della locuzione è stato effettuato anche in un altro caso di recesso⁶⁷. Qui il consumatore (tedesco) non era stato informato sui diritti che avrebbe potuto esercitare nell'eventualità che la cosa acquistata mediante un contratto a distanza presentasse dei difetti. Nel frattempo il consumatore aveva fatto impiego del prodotto ed, esercitato il recesso, aveva dovuto rispondere del danno risentito dal venditore per l'uso della cosa effettuato tra l'acquisto e l'esercizio del recesso.

La Corte procede riferendosi ai principi generali del diritto civile – qui formulati in termini di buona fede e arricchimento ingiustificato – e rinvia la questione al giudice nazionale a cui spetta il compito di determinare l'ammontare del danno subito dal professionista per l'uso del prodotto. Sempre in un caso sollevato dal giudice tedesco, che riguardava il recesso da un contratto di *partnership* concluso mediante la tecnica di vendita "porta a porta", la Corte ha fatto riferimento ai principi generali di diritto civile per stabilire che l'attore non poteva pretendere la restituzione della somma originariamente corrisposta ma semplicemente il valore della sua quota al momento del recesso. È il principio di equa ripartizione dei rischi che viene in soccorso, ancorché la Corte non faccia alcun riferimento al diritto tedesco.

In altro caso⁶⁸ si discuteva se il consumatore dovesse egualmente corrispondere le rate di un mutuo contratto (con la tipologia del credito al consumo) per sostenere le spese di un viaggio organizzato dall'agenzia, viaggio che poi era stato solo in parte conforme alle prestazioni promesse. Pur essendo i contratti collegati, e pur avendo l'agenzia come unico referente l'istituto finanziatore a cui aveva indirizzato il cliente, il diritto spagnolo non prevedeva la sospensione delle rate del mutuo perché il legislatore nazionale non aveva ancora attuato la direttiva in materia.

L'Avvocato generale aveva concluso per la soluzione sfavorevole al consumatore, dal momento che in quel momento l'orientamento

⁶⁶ C-412/06.

⁶⁷ *Messner*, C-489/07.

della Corte di Giustizia era sfavorevole alla applicazione diretta della direttiva, che avrebbe consentito alla turista di invocare il rapporto esclusivo sussistente tra il finanziatore e l'agenzia di viaggi al fine di sospendere il rimborso della somma mutuata. Ma aveva sottolineato che il ricorso ai principi generali del diritto civile spagnolo per la soluzione del caso di specie avrebbe portato però a un risultato in conflitto con gli scopi della direttiva, giacché in base ad essi un contratto tra due soggetti giuridici non può incidere in linea di principio sul rapporto giuridico con un terzo.

La Corte, con sentenza del 7 marzo 1996, ha deciso che «nel caso in cui il risultato prescritto dalla direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione, occorre (...) ricordare che, secondo la sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.*, il diritto comunitario impone agli Stati membri di risarcire i danni da essi causati ai singoli a causa della mancata attuazione di una direttiva, purché siano soddisfatte tre condizioni. Innanzi tutto, la direttiva deve avere lo scopo di attribuire diritti ai singoli. Deve essere poi possibile individuare il contenuto di tali diritti sulla base delle disposizioni della direttiva. Infine deve esistere un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito (...). In mancanza di misure di attuazione, nei termini prescritti, della direttiva del Consiglio 22 dicembre 1986, 87/102/CEE, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, e pur tenendo conto dell'art. 129 A del Trattato CE, il consumatore non può fondare sulla direttiva stessa un diritto di procedere contro un prestatore di fondi, persona privata, per inadempimenti in sede di fornitura di beni o di servizi da parte del fornitore con cui detto prestatore di fondi abbia concluso un accordo di esclusiva in materia di credito al consumo, né può esercitare tale diritto innanzi a un giudice nazionale».

Anche nel caso *Faccini Dori*⁶⁹ l'Avvocato generale aveva discusso se, tra le diverse ipotesi che si potevano percorrere per consentire l'esercizio del diritto di recesso a chi avesse sottoscritto un contratto fuori dei locali commerciali, nell'ambito di un ordinamento nazionale in cui la direttiva ad hoc non fosse stata ancora applicata, si potessero invocare i principi generali del diritto civile; ma aveva pro-

⁶⁸ *El Corte Inglés*, C-192/94.

peso poi per l'azione risarcitoria del consumatore nei confronti dello Stato inadempiente. Soluzione poi accolta dalla Corte.

L'occasione di utilizzare i principi generali del diritto civile si è riproposta nella decisione del caso *Hirmann* (C-74/12, del 19 dicembre 2013). Qui si discuteva se il sottoscrittore di azioni acquistate al secondo mercato che avesse subito un danno a causa di inesatte informazioni contenute nel prospetto, avesse diritto all'annullamento del contratto di acquisto e al risarcimento pieno del danno, oppure soltanto al rimborso della somma versata inizialmente, o, come chiedeva l'emittente, alla restituzione della somma calcolata sulla base del valore attuale delle azioni.

La Corte ha precisato che:

«sebbene, contrariamente all'articolo 25, paragrafo 1, della direttiva “prospetti”, gli articoli 28, paragrafo 1, della direttiva “trasparenza” e 14, paragrafo 1, della direttiva “abusi di mercato” non si riferiscano esplicitamente ai regimi di responsabilità civile degli Stati membri, (...) per quanto riguarda il riconoscimento del risarcimento del danno e un'eventuale possibilità di liquidare danni a titolo sanzionatorio, in mancanza di disposizioni del diritto dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentano di determinare l'entità del risarcimento, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati».

In altri termini, la Corte ha ritenuto che l'investitore avesse diritto a chiedere l'annullamento del contratto, la restituzione delle azioni acquistate e il risarcimento del danno, rimettendo al giudice nazionale la decisione sulla questione degli effetti dell'annullamento e sulla restituzione delle azioni⁷⁰.

Qui i principi invocati sono diversi: alcuni sono intesi dalla Corte come incorporati nel diritto dell'Unione – il principio di equivalenza e il principio di effettività – mentre altri, applicati nel caso *E. Fritz*, richiamato in motivazione, sono disattesi in quanto non si ritiene che siano in gioco l'equilibrio degli interessi delle parti né il problema di un'equa ripartizione dei rischi⁷¹ che invece nel caso *E. Fritz* avevano avuto un ruolo dirimente.

⁶⁹ C-91/92.

⁷⁰ V., per analogia, le sentenze del 13 luglio 2006, *Manfredi e a.*, da C-295/04 a C-298/04, punto 92, nonché del 6 giugno 2013, *Donau Chemie e a.*, C-536/11, punti da 25 a 27.

Il caso *E. Fritz*⁷² era infatti diverso.

Attesa la peculiarità, riguardante la vendita porta a porta di una partecipazione ad una società di persone, e la rilevanza che nella motivazione acquista il richiamo ai “principi generali del diritto civile”, val la pena di approfondire il tema.

La questione pregiudiziale era così formulata:

«Se l'art. 1, n. 1, prima frase, della direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali debba essere interpretato nel senso che esso comprende l'adesione di un consumatore ad una società di persone, ad una società commerciale di persone, ad un'associazione o ad una cooperativa, laddove lo scopo dell'adesione non consista in via prioritaria nel divenire socio della società, dell'associazione o della cooperativa, bensì – il che avviene spesso soprattutto nel caso di partecipazione ad un fondo immobiliare chiuso – la partecipazione societaria rappresenti solo una strada alternativa per investire capitali ovvero ottenere prestazioni che costituiscono tipicamente l'oggetto dei contratti sinallagmatici.

Se l'art. 5, n. 2, della direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, debba essere interpretato nel senso che esso osta ad un effetto giuridico nazionale (previsto dalla giurisprudenza) ai sensi dell'art. 7 della direttiva, in forza del quale una tale adesione effettuata da un consumatore in una situazione di contratto concluso a domicilio comporta, in caso di recesso dall'adesione, l'acquisto, da parte del consumatore che recede, di un diritto nei confronti della società, dell'associazione o della cooperativa alla quota di liquidazione, calcolato facendo riferimento al momento in cui il recesso acquista efficacia, vale a dire una somma corrispondente al valore della sua quota di partecipazione alla società, all'associazione o alla cooperativa al momento della sua uscita, con la (possibile) conseguenza che lo stesso, a causa dell'andamento economico della società, dell'associazione o della cooperativa, ottenga la restituzione di un importo inferiore al valore del suo conferimento ovvero si trovi esposto, nei confronti delle medesime, oltre alla perdita dei conferimenti effettuati, anche ad obblighi di pagamento, in quanto la quota di liquidazione ha un valore negativo».

⁷¹ V. la sentenza *Hamilton* sopra richiamata, punti 39 e 40.

Il giudice rimettente era il *Bundesgerichtshof*, il quale si era richiamato ai principi generali del diritto civile (in quel caso, il diritto civile tedesco). La Corte, con sentenza del 15 aprile 2010, ha così argomentato:

«(...) come ha rilevato il Bundesgerichtshof nella sua decisione di rinvio, tale norma è volta a garantire, conformemente ai principi generali del diritto civile, un equilibrio che soddisfi proprio un'equa ripartizione dei rischi tra le differenti parti interessate.

In particolare, da una parte, una norma siffatta offre al consumatore che revoca la sua adesione ad un fondo immobiliare chiuso costituito in forma di società di persone la possibilità di restituire la sua quota pur assumendosi una parte dei rischi inerenti a qualsiasi investimento di capitali del tipo di quello in questione nella causa principale. Dall'altra, essa consente anche ai consociati e/o a terzi creditori di non essere tenuti a sopportare, in circostanze come quelle della causa principale, le conseguenze finanziarie della revoca di tale adesione, che del resto si è prodotta in seguito alla firma di un contratto del quale questi ultimi non erano parti.

Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre quindi risolvere la seconda questione nel senso che l'art. 5, n. 2, della direttiva non osta, in circostanze quali quelle della causa principale, ad una norma nazionale in forza della quale, in caso di revoca dell'adesione ad un fondo immobiliare chiuso costituito in forma di società di persone, prestata a seguito di una vendita a domicilio non richiesta, il consumatore può invocare nei confronti di tale società, sul saldo di liquidazione, un diritto calcolato in funzione del valore della sua partecipazione al momento del suo recesso da tale fondo e, pertanto, può ottenere eventualmente la restituzione di un importo inferiore al suo conferimento ovvero può essere tenuto a partecipare alle perdite del detto fondo». In questo senso la Corte ha applicato la direttiva sulle vendite fuori dai locali commerciali anche alla fattispecie di acquisto di una quota di un fondo immobiliare chiuso costituito in forma di società di persone, e ha ritenuto che il consumatore può invocare nei confronti di tale società, sul saldo di liquidazione, un diritto calcolato in funzione del valore della sua partecipazione al momento del suo recesso da tale fondo e, pertanto, può ottenere eventualmente la restituzione di un importo inferiore al suo conferimento ovvero può essere tenuto a partecipare alle perdite del detto fondo.

La dottrina ha anatomizzato l'espressione "principi" "generali" del diritto "civile", ma anche questa operazione chirurgica, per il giurista italiano, può apparire curiosa, se si considera la storia della categoria dei "principi" comunque aggettivati, che connota la nostra cultura giuridica⁷³. Inoltre si è posta il problema se vi sia competenza della Corte di Giustizia per introdurre surrettiziamente una fonte non scritta nell'ambito di un ordinamento nel quale si contesta la introduzione di un "codice europeo di diritto privato"⁷⁴. Il dubbio può sorgere per il fatto che la stessa Corte si è autolimitata nell'estensione della propria competenza, in quanto, a proposito dei principi generali del diritto comunitario, ivi compresi i diritti fondamentali, ha sostenuto che essi non si applicano ai settori nei quali l'Unione non è competente⁷⁵.

Ma si sa che l'interprete non sempre rispetta queste autolimitazioni, come hanno dimostrato le Corti nazionali e pure la stessa Corte di Giustizia a proposito della applicazione diretta dei principi contenuti nella Carta di Nizza.

Meno convincenti sono i dubbi inerenti la "generalità" intesa come regola estesa ai rapporti contrattuali che vedono parti non qualificabili come consumatori: i principi generali sono norme, e sono tali non perché estensibili da una categoria di soggetti (consumatori) ad altra categoria, ma semplicemente perché – di regola – in via di induzione non è possibile generalizzare regole contenute in leggi speciali. Vi sono eccezioni, ovviamente, come è accaduto nella nostra esperienza per la generalizzazione dell'abuso di dipendenza economica, ma tale operazione è stata compiuta riassorbendo quel principio nel più generale principio di buona fede. Essendo generali, i principi trascendono i confini nazionali, ed è quindi corretto ritenerli propri del sistema del diritto comunitario. È la flessibilità della categoria logica dei principi generali che consente di evitare di distinguere tra principi di origine nazionale, e in quanto tali applicabili solo all'interno degli ordinamenti nazionali, e principi di "diritto ci-

⁷² Causa C-215/08.

⁷³ G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993.

⁷⁴ M. HESSELINK, *The General Principles of Civil Law*, cit.; contrario all'applicazione dei principi del diritto civile è S. WEATHEWILL, "The principles of civil law" as a basis for interpreting the legislative acquis, in *European Review of Contract Law*, 6, 2010, 74 ss.

vile europeo”. D'altra parte la distinzione si può fare solo se si opta per la concezione dualistica, e non per quella unitaria, ormai assodata da un orientamento costante della Corte di Giustizia e condivisa dalla nostra Corte costituzionale.

La loro funzione – che la dottrina in esame ritiene triplice⁷⁶ (interpretazione *secundum legem*, *praeter legem*, *contra legem*) – non collima però con la funzione che l'art. 12 delle preleggi assegna ai principi generali: in questo senso i principi sono norme da norme, creati in via induttiva da altre norme e quindi dovrebbero essere sempre conformi alla legge (*secundum legem*) essendo essi stessi “la legge”; ben possono colmare le lacune, se si crede alla esistenza di lacune e alla incompletezza dell'ordinamento, ovviata mediante l'analogia, e quindi possono operare *praeter legem*; ma non possono derogare alla legge, in quanto essi ne sono espressione.

Qui si confondono i principi intesi come regole giuridiche con le clausole generali (quali la buona fede) che possono avere anche funzione correttiva, ma non della legge, bensì degli atti e dei comportamenti delle parti.

In questo senso, non sembra un problema – al giurista italiano – sostenere che i principi generali del diritto civile, così come intesi dalla Corte, possano essere applicati direttamente ai rapporti fra privati. Alla risposta positiva, che ci parrebbe di poter dare, qualche autore contrappone l'argomento secondo il quale solo le regole precise che istituiscono diritti in capo ai singoli possono essere applicate direttamente. Il che implicherebbe che i principi generali di diritto civile possono essere invocati dalla Corte solo se appartenenti al diritto comunitario primario (quello previsto dai Trattati) e non se appartenenti al diritto comunitario secondario (quello previsto dai regolamenti e dalle direttive)⁷⁷.

A questa applicazione più restrittiva sembrerebbe giungere la Corte in qualche precedente, peraltro superato da quelli sopra citati, ad es., nel caso *Audiolux*⁷⁸. Ciò dipende dall'estensione del significato che si vuole dare ai principi di rilevanza *costituzionale* in ambito

⁷⁵ V. il caso *Seda*, C-555/07.

⁷⁶ M. HESSELINK, *The General Principles of Civil Law*, cit., 19.

⁷⁷ Così M. HESSELINK, *The General Principles of Civil Law*, cit., 19. Meno drastico A.S. HARTCAMP, *The General Principles of E.U. Law and Private Law*, in *RabelsZ*, 75, 2011, 250.

⁷⁸ C-101/08.

comunitario, rispetto agli altri principi, pur generali, che non assurgono a tale livello. È evidente, ad esempio, che il principio di buona fede non ha rilevanza costituzionale (a livello comunitario, e neppure a livello costituzionale).

7. *L'osmosi dei principi: l'applicazione dei principi del diritto comunitario nel diritto interno*

Il mondo dei principi è un mondo aperto: la circolazione dei principi non avviene soltanto nel senso della migrazione dagli ordinamenti nazionali al linguaggio, all'apparato concettuale e alle tecniche di ragionamento dei giudici dell'Unione europea, ma anche nel senso opposto. Prova ne sia che, a quanto risulta dalla banca di dati della giurisprudenza della Corte di Cassazione, più di cinquanta sono negli ultimi decenni le pronunce in cui si è applicato il principio di *proporzionalità*, soprattutto nell'ambito del rapporto di lavoro, e con riguardo ai diritti del datore e agli obblighi del dipendente; si registrano anche pronunce che hanno applicato i principi di *sussidiarietà* e di *precauzione*.

Di particolare interesse per la dottrina privatistica è l'applicazione del principio di eguaglianza e *non-discriminazione*, collegato con il principio di *dignità* della persona. La letteratura in materia è ormai davvero abbondante e assai apprezzabile. Non è possibile in queste pagine prendere posizione sulla applicazione dei singoli principi, né sul principio dell'abuso del diritto, oggetto di una amplissima letteratura, anche recente, in cui si discute se sia stato consolidato nel diritto dell'Unione europea. Emblematico a questo riguardo il titolo di una ricerca condotta da un gruppo di studiosi coordinati da R. de la Feria e S. Vogenauer, *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law*⁷⁹.

8. *La percezione dei principi nella letteratura recente di diritto privato europeo*

Come si è anticipato, la sofisticata e complessa discussione sulla natura giuridica dei principi, che si è avviata negli anni Ottanta al-

⁷⁹ Oxford e Portland, Oregon, 2011.

l'apparire del libro di Ronald Dworkin⁸⁰ ha solo scalfito gli autori delle opere più rilevanti in materia di principi generali del diritto europeo. Il contributo, per certi aspetti fondamentale, di Takis Tridimas⁸¹ non si sofferma più di tanto sulla questione, passando in rassegna nell'introduzione piuttosto i problemi che attengono ai rapporti tra il diritto interno e il diritto dell'Unione europea. Fonte del diritto, espressi in forma non scritta, i principi generali sono presi sul serio – ovviamente – ma sono esaminati nel loro concreto operare. Tridimas si sofferma soprattutto sui principi di eguaglianza, proporzionalità, certezza del diritto e legittimo affidamento, sui diritti fondamentali, sul diritto di difesa, sul principio di effettività dei rimedi e sui principi di responsabilità e risarcimento del danno. Segue il suo esempio Norbert Reich⁸², includendo però nel novero dei principi trattati l'autonomia contrattuale e la libertà delle parti, la protezione della parte debole, il principio del bilanciamento degli interessi in gioco, accanto ai più tradizionali principi di non discriminazione, effettività, proporzionalità, e chiude il discorso con l'interrogativo sul principio di buona fede e di abuso del diritto.

Più approfondita l'analisi effettuata al congresso di Stoccolma⁸³ in cui, accanto ai principali principi generali, si è discusso in una sessione apposita, dei principi che regolano la concorrenza, e, soprattutto, della applicazione orizzontale e verticale dei principi generali.

Le raccolte di principi nei diversi settori del commercio internazionale, o del diritto privato, non si pongono problemi di natura teoretica: i principi sono equiparati alle regole generali, ma, anziché essere parte delle fonti non scritte, sono esplicitati e codificati, sicché assomigliano di più alle "regole-cornice" piuttosto che non a principi ricavati in via induttiva da altrettante regole più specifiche.

9. *L'abuso dei principi generali*

Di recente si è diffusa una certa insofferenza per l'uso eccessivo, inappropriato, ripetitivo dei principi generali o di formule a cui si attribuisce la qualificazione di principi generali. Si è riportata l'atten-

⁸⁰ *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1977.

⁸¹ *The General Principles of EC Law*, Oxford, 1999.

⁸² *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014.

⁸³ Lidingo, 8-9 novembre 2012, Alphen aan den Rijn, 2013.

zione sulla distinzione tra principi generali ed altri strumenti interpretativi con cui i principi generali condividono il ruolo di “attrezzi del mestiere” del giurista-interprete⁸⁴ e si sono soprattutto studiati i principi del diritto comunitario come “importati” o intesi nel diritto interno. Sintomatico a questo proposito è il significato e l’uso del principio di proporzionalità, che, anziché essere utilizzato per bilanciare gli interessi dell’ordinamento, come avviene nel diritto comunitario, è stato utilizzato per valutare l’equilibrio tra le prestazioni e la meritevolezza dell’interesse contrattuale perseguito⁸⁵; ma si pensi anche al principio di ragionevolezza⁸⁶. Ciò che preoccupa è che un uso poco sorvegliato dei principi da parte degli interpreti, in particolare dei giudici, possa incidere sull’ambito dell’autonomia privata apportando limiti alla libertà contrattuale che il legislatore non aveva previsto e che neppure il testo costituzionale consentirebbe di introdurre⁸⁷.

Da un lato il ricorso ai principi appare assolvere ad una funzione di completezza dell’ordinamento giuridico e di garanzia della tutela degli interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nel testo normativo scritto. E appunto il ruolo dello *ius non scriptum* servirebbe proprio a questo scopo, secondo quanto sostenuto da Rodolfo Sacco e Stephan Meder⁸⁸.

Dall’altro l’abuso dei principi porta ad un eccessivo potere interpretativo del giudice, che condurrebbe ad un basso livello di certezza del diritto e di prevedibilità delle soluzioni giudiziali dei conflitti⁸⁹.

E si consideri che sono ancora contestate le proposte di applicazione diretta ai rapporti tra privati dei principi dell’Unione euro-

⁸⁴ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 360 ss.; A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 300 ss.

⁸⁵ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 335 ss.

⁸⁶ E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 23; S. PATTI, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 7 ss.; S. TROIANO, *La “ragionevolezza” nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

⁸⁷ A. CATAUDELLA, *L’uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 749 ss.

⁸⁸ Op. loc. cit.

⁸⁹ In questo senso da ultimo v. L. ALEXANDER e K. KRESS, *Una critica dei principi del diritto*, Napoli, 2014.

pea sia sotto forma di diritti fondamentali⁹⁰ sia con riguardo agli altri principi sopra elencati, anche per timore del “judicial activism”⁹¹.

10. *Il dilemma del legislatore moderno*

Attesa la enorme importanza che hanno i principi, anche se intesi in senso “debole”, cioè come valori e formule vaghe, nel diritto comunitario e nei diritti nazionali, i cultori del diritto civile si pongono oggi con le Carte dei diritti, in particolare, con la Carta dei diritti fondamentali, i problemi che si ponevano più di mezzo secolo fa con la Carta costituzionale. Ciò non tanto per i settori che riguardano i diritti della persona, ma piuttosto per i settori del diritto patrimoniale in senso stretto, cioè i diritti reali, il diritto contrattuale, il diritto della responsabilità civile.

Il tema più intrigante oggi riguarda l’armonizzazione del diritto contrattuale, in generale e con specifico riferimento alla vendita.

È possibile costruire un corpus normativo autonomo, anche sotto forma di Regolamento, che si sottragga ai principi consacrati nella Carta dei diritti fondamentali, e quindi non includa tra i principi (anche direttivi) del contratto in genere e della vendita i principi della Carta?

Le vie possibili per includere i principi della Carta tra i principi del diritto contrattuale europeo, tra i principi del Common Frame of Reference, tra i principi del Regolamento sulla vendita, possono essere diverse:

(i) la più semplice è quella del richiamo diretto, anche senza la loro riproduzione;

(ii) la più naturale per il giurista che preferisce interpretare il testo piuttosto che non riscriverlo, è di considerare ogni testo (dai PECL al Regolamento) come assoggettato di per sé ai principi generali e quindi ai diritti fondamentali codificati nella Carta;

⁹⁰ In particolare nei contratti: v. O. CHEREDNICHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, Monaco, 2007; *contra*: MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan der Rijn, 2008.

⁹¹ K. LENAERTS e J.A. GUTIERREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market L.Rev.*, 2010, 1629 ss.

(iii) la più tradizionale consiste nel considerare i principi fondamentali come norme imperative, e quindi come norme che comunque debbono essere applicate.

In dottrina si trovano però posizioni diversificate.

Ad esempio Hugh Collins, a proposito della libertà contrattuale, sostiene che la soluzione può essere bustrofedica: se si dà maggior rilievo alla libertà di vincolarsi della persona, allora si possono limitare altre libertà, come quella che in materia lavoro imponesse di osservare un orario non rispettoso della salute; se si dà maggior valore alla dignità, le regole di lavoro contrarie alla salute e al riposo dovrebbero essere disapplicate e gli accordi contrattuali considerati in contrasto con i diritti fondamentali.

Hans Micklitz⁹² segnala che tra i diritti fondamentali occorre tener conto anche dei diritti sociali, e che questi non sono però al sicuro: «the expansion of social rights does not help to overcome the narrow boundaries of the EU competence on The Social». E in un ragionamento più ampio che propone una rivisitazione delle fonti comunitarie, Micklitz vede nella combinazione di una Costituzione europea e di un codice civile europeo il quadro in cui si può davvero dare luogo ad un mercato integrato in cui non sono rilevanti solo i diritti individuali ma anche i diritti collettivi e trova pieno riconoscimento accanto al principio di dignità anche quello di solidarietà.

In una prospettiva più riduttiva e cauta Olga Cherednychenko preferisce parlare di complementarietà tra diritti fondamentali e disciplina del contratto: «it is obvious (dice in conclusione di un recente saggio) that the complementary between fundamental rights and contract law can only be achieved if the ECJ refrains from interfering in such cases by means of the fundamental rights review of the provisions of the CFR or the interpretation of the general clauses contained therein»⁹³. Ma la rilevanza dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto privato europeo e quindi della loro diretta applicazione nei rapporti di diritto contrattuale non è negata dall'A. la quale pone allora una questione ulteriore: atteso questo assunto il

⁹² MICKLITZ, *Failure or Ideological Preconceptions. Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and the European Civil Code*, EUJ Working Papers. Law 2010/04, 5.

⁹³ CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, ERPL, 2010, VI, 63.

problema non consiste tanto nel loro riconoscimento all'interno del diritto contrattuale ma *fino a che punto* si debba spingere la protezione dei diritti fondamentali, quando gli interessi conflittuali delle parti richiedano un bilanciamento accettabile. In questo senso l'A. distingue, tenendo conto dei diversi modelli affermatasi nelle esperienze europee, un effetto diretto, un forte effetto indiretto, un debole effetto indiretto.

Ma siamo arrivati al dunque. Se si muove dal presupposto che la Carta dei diritti fondamentali sta alla base dell'intero ordinamento comunitario, anziché di complementarità tra i diritti fondamentali e il diritto contrattuale europeo, si deve parlare di subordinazione di questo a quello, come correttamente sostiene Chantal Mak, ad esito di un'ampia e accurata ricerca comparatistica⁹⁴.

In fin dei conti, tutta la problematica dell'effetto diretto o indiretto dei diritti fondamentali o inviolabili che abbiamo registrato nelle esperienze di costituzionalizzazione del diritto privato, come si sono sviluppate in Italia e in Germania, si è riprodotta con molte assonanze anche per le regole della convenzione europea sui diritti umani. E le difficili scelte degli interpreti sono dovute a diverse ragioni: al fatto che la Convenzione è un atto internazionale che non si applica direttamente nell'ordinamento interno, che il testo non ha menzionato esplicitamente la *dignità* come valore che sostiene l'intero complesso dei diritti e delle libertà della persona, che la libertà della persona include la libertà contrattuale e questa può essere vista come un potenziamento dei – o un limite ai – diritti personali⁹⁵.

Il dilemma del legislatore moderno che voglia dare un nuovo volto al diritto contrattuale sta dunque in ciò: è più opportuno, ai fini della applicazione corretta e certa del diritto, ignorare i diritti fondamentali nelle disposizioni che regolano la disciplina generale del contratto, e tutelarli per via di interpretazione, oppure menzionarli in modo che, qualunque sia il processo interpretativo, sia garantita la loro tutela? Ovviamente, questo implica una scelta di

⁹⁴ MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan der Rijn, 2008.

⁹⁵ Così BROWNSWORD, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in *The Foundations of European Private Law*, a cura di R. Brownsword, H.W. Micklitz, L. Niglia and S. Weatherill, Oxford and Portland, 2011, 192.

fondo e cioè che la libertà contrattuale non si possa spingere fino a legittimare la violazione di diritti fondamentali.

I redattori del DCFR hanno preferito, sulla base dei suggerimenti offerti da molti componenti del gruppo, inserire nel testo la menzione dei diritti fondamentali, anche se non si tratta di una tutela ampia e se i rimedi accordati per la loro violazione contrattuale consistono nel risarcimento del danno piuttosto che non nella nullità del contratto.

Tra i *principes directeurs* del nuovo progetto di riforma del diritto dei contratti diretto da François Terré si prevede una formula intermedia (mentre, nella versione precedente, ad opera di Pierre Catala, i diritti fondamentali erano ignorati).

Si legge infatti all'art. 4 al 2 del Titre I Des Contrats:

«On ne peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime».

La proposta, proveniente da Georges Rouhette⁹⁶, è apprezzata da Carole Aubert de Vincelles⁹⁷, la quale sottolinea come essa riceva poi applicazione specifica all'art. 59 del progetto in materia di contenuto del contratto.

La lettura "giusrealistica" dei principi generali ci conferma dunque che si tratta di una materia vasta, variegata, stratificata, disordinata, intesa spesso in modo contrastante e non riconducibile agli astratti perfetti teoremi geometrici in cui si vorrebbe inquadrare. I principi generali non si possono ingabbiare, e quindi gli sforzi che gli interpreti fanno per individuarli, elencarli, codificarli, sono tutti volti a sfuggire alla loro tirannia. È una materia da considerare con grande attenzione, assumendo le precauzioni dovute alla facilità di commettere errori, scambiando un principio per una regola, invocando un principio in un contesto non appropriato, oppure usando il principio in modo esornativo anziché risolutivo.

Ma la ricerca ci dice anche che dei principi non si può fare a meno, sia che essi vengano utilizzati per colmare le lacune della

⁹⁶ ROUHETTE, *Regard sur l'avant-projet de réforme de droit des obligations*, *Rev. dr. comp.*, 4, 2007, 1393.

⁹⁷ AUBERT DE VINCELLES, *Les principes généraux relatifs au droit des contrats*, in *Pour une réforme de droit des contrats, sous la direction de François Terré*, Parigi, 2009, 115.

legge, sia che vengano utilizzati con finalità interpretative della legge. Sono essi stessi “legge”, e si inquadrano nel potere normativo esercitato dal giudice (consapevolmente o meno) anche quando egli finge di essere semplicemente la *bouche de la loi*. Quanti temono che l’uso dei principi implichi una contaminazione dei poteri, o un esercizio abusivo del potere per l’eccessivo attivismo dei giudici o per la loro sconfinata fantasia che si chiama creatività, dimenticano che i giudici seguono un procedimento interpretativo collocato all’interno di un procedimento giudiziale, che entrambi questi procedimenti hanno regole la cui violazione porta al sindacato del prodotto dell’attività del giudice, che il percorso seguito dal giudice non è “tutta farina del suo sacco”, ma è preparato dalle memorie degli avvocati, in contraddittorio tra loro, e che quindi molti dei pericoli paventati sono evitati dallo stesso apparato messo a disposizione dall’ordinamento giuridico.

Ma dimenticano soprattutto l’insegnamento di Jerome Frank, il quale, nel concludere il suo libro su *Law and Modern Mind*⁹⁸ raccomandava ai giuristi di liberarsi dal feticismo della regola scritta.

⁹⁸New York, 1930.

SOMMARIO: I. *Teorie giuridiche sui «principi»*. 1. Concetto di «principi». – 2. Principi e regole. Modalità d'identificazione. Principi espressi e principi impliciti. – 2.1. (*Segue*) Relazione e distinzione: all'esterno o all'interno dei principi, nel genere delle norme. – 2.2. (*Segue*) Le norme-principio si pesano; le norme-fattispecie si applicano? – 2.3. (*Segue*) Distinzione all'interno dei principi: principi direttivi; principi regolativi. – 3. Fondamentalità, genericità e indeterminatezza dei principi. Linee di analisi. Sondaggi sul "campo". – 3.1. Materiali. Costruzioni in corso con l'apporto di «comunità epistemiche». – 3.2. (*Segue*) Analisi comuni e divisioni operative. – 3.3. (*Segue*) Linee di analisi. a) Comparazione fra i principi del diritto in generale e i principi di un settore. – 3.4. (*Segue*) b) Plurime conformazioni e storicità delle "catene o reti" dei principi. – 3.5. (*Segue*) c) Riflessione sullo "stato" dei principi (sulle loro "stagioni" nel tempo; sulle loro varietà nello spazio). – 3.6. (*Segue*) d) Anomie e antinomie a confronto con le realtà fattuali nella linea delle tendenze interpretative e costruttive. – 3.7. Quadro introduttivo. – 3.8. Alcuni passaggi necessari. Normatività giuridica dei principi. – 3.9. (*Segue*) Diversità tipologiche. – 3.10. (*Segue*) Origini interne o esterne a un singolo ordinamento e interazioni. – 3.11. (*Segue*) Enfasi assiologiche improprie. – 3.12. (*Segue*) Pretesi riflessi sulla produzione contemporanea del diritto e sui poteri costituiti. – II. *Pratiche generali e pratiche settoriali*. – 4. Brevi note introduttive a una ricerca dei principi generali del diritto con il criterio dei sondaggi sul «campo». – 5. Principi insiti nel sistema (connaturati rispetto al sistema, ovvero rispetto a una delle tante sue articolazioni interne). – 6. Principi nell'area del diritto privato. Un'individuazione e una determinazione che si danno per conosciute. – 7. Multiformità dei nessi fra principi e delle interferenze con il diritto privato. Quadro schematico e prime verifiche applicative. – 8. Riconoscimento selettiva e realistica di principi variamente riferibili al diritto privato contemporaneo. III. *Comunicazioni e lotte fra principi nell'orizzonte mondiale del diritto contemporaneo*. 9. «Modernizzazioni» incompiute a confronto. – 10. Difficoltà delle ricerche nel campo dei principi. – 11. Controverso intreccio di paradigmi che sembrano appartenere a tempi e a spazi in declino ovvero in ascesa. IV. *Domande*. 12. Moltiplicazione di ordinamenti e di principi. – 13. Forza superiore ideale e condizionamenti materiali dei principi. – 13.1. «Indisponibilità». – 13.2. «Indivisibilità». – 13.3. «Fondamentalità condizionate». – 14. Altra «legalità». – 14.1. Legalità pluralistica e *in progress*. – 14.2. Ardua ricerca di una nuova legalità come «ritorno al diritto». Confronto di modelli costituzionalistici. V. *Tentativi di risposte*. – 15. Tipi. – 15.1. Trascendentali, trascendenti, combinati. – 15.2. Procedimentali e sostantivi o materiali. – 15.3. Effettivi e ideali. Tempi e spazi. Fondamenti, strumenti, finalità. – 15.4. Dottrinali e giurisprudenziali. – 15.5. Dentro e oltre la giuridicità. – 16. Visioni d'insieme. – 16.1. Dall'indeterminatezza alla determinatezza del diritto: giudizi opposti. – 16.2. Rischio di squilibri nella distribuzione e nel

controllo dei poteri. Fattualità non occultabile. – 16.3. Obsolescenza, estinzione, innovazione, progetto. – 17. Opere aperte. – 17.1. Segni dei tempi. – 17.2. Continuazioni delle ricerche fra comparti generali e divisioni operative. – 18. Mitologie dialogiche ireniche e lotte nel mondo per il diritto (a proposito di un caso clamoroso di conflitto delle Corti autorevoli, nazionali e internazionali, fra diritti e “ragion di Stato”).

I. *Teorie giuridiche sui «principi»*

1. *Concetto di «principi»*

In un volume che fu edito nel 1943 (anno XXI dell’era fascista secondo la pompa di quell’epoca) – a cura della Facoltà di giurisprudenza e della Scuola di perfezionamento nelle discipline corporative della Regia Università di Pisa e che riproduceva le pagine dedicate al Convegno del 1940 sui principi generali¹ dell’ordinamento giuridico fascista² – fu inserito un saggio, di Vezio Crisafulli, che co-

¹ L’argomento è tale da imporre, in prevalenza, riferimenti strettamente legati al discorso del testo. Documentazioni ampie – e diversamente orientate – notoriamente non mancano, in tempi anche a noi prossimi. A puro titolo d’esempio, in ordine cronologico inverso: R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2011; G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 1993 (2^a ed., 2006). Notevoli – in tempi a noi ancor più prossimi – sono alcuni saggi che richiederebbero una separata e attenta analisi. Per esempio: M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 346 ss. Cfr. G. D’AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA.VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell’ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, ESI, Napoli, 2007, 436 ss. In queste pagine si darà rilievo al «discorso» sui principi: A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2013. Si forniranno pertanto alcune indicazioni sull’area, sia pur contestata, degli orientamenti generali, senza escludere quelli più controversi. Un esame critico e analitico, qui, non è infatti possibile in termini complessivi, pur nell’auspicio di fornire ugualmente qualche ulteriore spunto di riflessione. Per una presa di posizione sugli eccessi (nel ricorso attuale a taluni principi di apparente successo): A. CATAUDELLA, *L’uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 747 ss. Un bilancio in merito ai principi vecchi e nuovi, al declino e all’ascesa, alle ombre persistenti è in F.D. BUSNELLI, *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 9-26. Sulla «danza dei principi», ancora F.D. BUSNELLI, *La danza dei principi: diritto naturale, diritto positivo, bioetica*, in AA.VV., *Il diritto privato nella società moderna*. Seminario in onore di Stefano Rodotà, a cura di G. Alpa, V. Roppo, Jovene, Napoli, 2005, 203 ss.

² Sulla grossolana strumentalizzazione del potere dominante: N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, 39 e 40.

stituì, per quel tempo, «un vigoroso contributo all'approfondimento del tema dei “principi generali del diritto”»³.

Veziò Crisafulli – con pochi altri, fra i quali spicca il nome di Guido Calogero – non ripudiò pregiudizialmente il tema dei principi generali⁴, ma ebbe subito cura di precisare che era necessaria un'analisi la quale si mantenesse «sul terreno esclusivamente dogmatico», secondo alcuni «fondamentali ordini di problemi»⁵.

La sistemazione concettuale che Veziò Crisafulli suggerì si concentrò soprattutto sui punti seguenti, con i quali le indagini successive ebbero tutte modo di confrontarsi in maniera utile: identificazione; distinzione (rispetto alle altre norme giuridiche); funzione ordinante (nel nesso con la forma e con la materia giuridica).

I tratti del concetto non rimasero indeterminati; e ben seppero attenersi al «terreno» che fu prescelto in quanto si presentava come pertinente in via esclusiva alla scienza del diritto⁶.

³ U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, n. 28, 1999, Giuffrè, Milano, 293-509; in particolare, 303. Nella scuola di Veziò Crisafulli, si segnalò fin dagli anni Ottanta – anche per l'ampio aggiornamento del disegno critico e ricostruttivo, con puntuali riferimenti comparatistici – S. BARTOLE, *Principi generali del diritto. a) Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 494-533.

⁴ La diffidenza nei confronti dei principi generali fu alimentata – come scrisse Benedetto Croce – dal timore che tornasse a legittimarsi, per loro tramite, una «vecchia filosofia giusnaturalistica, che ancora qua e là sopravvive»: B. CROCE, recensione a G. DEL VECCHIO, *Sui principii generali del diritto* (prolusione al corso di Filosofia del diritto, letta il 13 dicembre 1920, nella R. Università di Roma, Soc. tipogr. moden., Modena, 1921), in *La critica. Rivista di Letteratura, Storia e Filosofia*, diretta da Benedetto Croce, 1921, 186. Giorgio Del Vecchio rimase fedele al richiamo al diritto naturale anche negli anni cinquanta del secondo dopoguerra: G. DEL VECCHIO, *Sui principii generali del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958 (questo volume riproduce la prolusione del 1920 e comprende, inoltre, un'appendice dal titolo «Riforma del codice civile e principi generali del diritto»). Alla fine del 2002, l'editore Giuffrè prese l'iniziativa di un'ulteriore stampa con una *Presentazione* di G. Conso, il quale (pp. IX, XI) mise in risalto sia il richiamo alla *ratio juris* che «dai Romani in poi, è patrimonio comune della nostra coscienza giuridica» sia l'indubbia modernità del riferimento «ai trattati internazionali» (G. DEL VECCHIO, *Sui principii generali del diritto*, 11, 27, 30, 31, 63, dell'edizione dell'anno 1958). Nel secondo dopoguerra, una sintesi già ricca di alcune anticipazioni significative, si deve a N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Utet, Torino, 1966, 887 ss.

⁵ U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato*, cit., 304; per una ulteriore – e più precisa – documentazione: *ivi*, 448-452, con una sintesi di alcuni interventi dei giuristi e di altri studiosi che avevano partecipato al convegno pisano.

⁶ A distanza di oltre mezzo secolo dalle discussioni di Pisa, un incontro “linceo”

I principi furono studiati alla stregua di una categoria a cui era doveroso attribuire una notevole efficacia sistematica: «integrativa, interpretativa, programmatica e generalmente costruttiva»⁷.

Si trattava di un'efficacia che in alcun caso avrebbe dovuto essere arbitrariamente manipolabile per tramite del verbalismo vuoto di cui si faceva schermo o vanto un potere contingente⁸.

2. *Principi e regole. Modalità d'identificazione. Principi espressi e principi impliciti*

Per brevità e per evitare fraintendimenti lessicali, è bene partire dai possibili punti di avvio di un discorso che segue certamente un itinerario irto di molteplici ostacoli, sui quali non è dato d'indugiare neppure in maniera sommaria.

Sul profilo delle modalità d'identificazione, si accoglie senz'altro l'opinione secondo la quale non è necessario che i principi siano espressamente formulati dal legislatore, dai giudici, da altri esperti del diritto, senza condividere tuttavia l'idea, estrema, secondo la quale veri principi sarebbero soltanto quelli impliciti, non già quelli espressamente formulati⁹.

– sul quale si rinvia in generale a P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *Atti dei Convegni Lincei* (96), *Convegno sul tema «I principi generali del diritto»*, Roma, 27-29 maggio 1991, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992, 341 – approfondi ulteriormente il problema in termini di scienza giuridica: L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica* (*ivi*); e s'intende che tutti i contributi sono degni di menzione: con riguardo ai principali temi, generali e settoriali, che andavano già profilandosi in quell'ultimo decennio del secolo ventesimo).

⁷ A un'analisi gius-realistica, documentata con grande ampiezza, si è dedicato – e anche qui i riferimenti hanno soltanto un intento esemplificativo – G. ALPA, *CESL, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 147 ss.; G. ALPA, *Una concezione realistica dei principi generali*, in AA.VV., *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di L. Cabella Pisu, L. Nanni, Cedam, Padova, 1998, 105 ss.

⁸ In breve: N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, loc. cit.

⁹ U. BRECCIA, U., *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato*, loc. cit., sempre con riguardo al pensiero di Vezio Crisafulli, del quale, doverosamente, devono ricordarsi, ancora una volta, alcuni – almeno – fra gli scritti successivi: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I (1970) e II, 2^a ed., Cedam, Padova, 1984; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952.

2.1. *(Segue) Relazione e distinzione: all'esterno o all'interno, nel genere delle norme*

Sul punto della relazione con le norme giuridiche e della distinzione dalle medesime, si segue l'opinione secondo la quale i principi appartengono al vasto genere delle norme giuridiche, ma presentano alcuni tratti distintivi: assenza del nesso con una specifica fattispecie ipotetica; fundamentalità, "sapienziale" o assiologica¹⁰; costitutiva generalità; vaghezza; conseguente attitudine a produrre, a loro volta, norme giuridiche che sono passibili di puntuali applicazioni.

2.2. *(Segue) Le norme-principio si pesano; le norme-fattispecie si applicano?*

Non sarà interamente accolta, inoltre, quella distinzione (fra le norme che sono principi generali e tutte le altre norme) la quale presuppone che le *norme-principi si pesino* (con ricorso a una bilancia che potrebbe adattarsi sia alla misurazione di un livello superiore e di un livello inferiore sia a un qualche contemperamento) e *le norme-fattispecie si applichino o non si applichino* agli eventi concreti (corrispondenti o non corrispondenti alle fattispecie che sono formulate in via d'astrazione o d'ipotesi)¹¹.

2.3. *(Segue) Distinzione all'interno dei principi: principi direttivi; principi regolativi*

Una tale distinzione fra i principi e le regole è riduttiva, con riguardo all'una e all'altra polarità.

Senza entrare nel merito delle norme che non sono principi generali (poiché è materia che non è oggetto del nostro discorso), sarà ripresa la suddistinzione dei principi generali in «*principi direttivi*» (in quanto «norme che formulano valori o obiettivi politici» e che hanno riferimento empirico a «politiche pubbliche») e in «*principi regolativi*» (in quanto norme «che sono al tempo stesso principi e regole» e che, com'è il caso della maggior parte «dei diritti fondamentali e del

¹⁰ Sulla distinzione dei principi rispetto alle categorie: N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, loc. cit.

¹¹ Cfr., a titolo d'esempio e per un quadro chiaro e documentato, G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, 131-158.

principio di uguaglianza», in quanto principi sono «oggetto di argomentazione» e, in quanto regole, sono «oggetto di applicazione»¹².

Si tratta – com'è palese – di minime (e, qui, apodittiche) premesse che nondimeno, quand'anche non siano condivise, dovrebbero essere se non altro utili al fine di evitare, fin dall'inizio, i fraintendimenti.

Alcune considerazioni ulteriori, forse ancor più note, sembrano comunque prestarsi a completare il discorso introduttivo.

3. *Fondamentalità, genericità e indeterminatezza dei principi. Linee di analisi. Sondaggi sul "campo"*

I principi hanno il significato che rispecchia l'etimo dell'inizio e l'idea dell'origine.

Quel che incomincia presuppone, a sua volta, un tempo passato e annuncia un tempo futuro.

Nella cultura giuridica i principi sono altrettanti ponti ideali che, a partire da pilastri non labili, sono confitti in un tempo e in uno spazio non provvisori e tuttavia consentono un passaggio: un «attraversamento».

In tal senso, inoltre, tutti i principi del diritto – purché non siano frutto di pregiudizi superficiali, più o meno deboli – si caratterizzano per un qualche fondamento (che nella cultura giuridica è stato variamente concepito in termini scientifici, assiologici e combinati) nonché per una qualche generalità (da intendersi più precisamente in termini di genericità e di indeterminatezza), diversamente graduata a seconda dell'area considerata: spesso con attitudini a espandersi verso altri comparti e comunque a coordinarsi e a interagire con questi ultimi¹³.

3.1. *Materiali. Costruzioni in corso con l'apporto di «comunità epistemiche»*

L'alto tasso di costitutiva indeterminatezza, o vaghezza, dei prin-

¹² L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, 109 ss.; in particolare, 111-112.

¹³ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 173-195.

cipi esige un'opera costruttiva aperta alla quale concorre, a diversi livelli di competenza, l'intera comunità dei giuristi¹⁴.

Si tratta di una sorta di *work in progress* che ha reso sempre più necessaria, in età contemporanea, una raccolta di materiali costruttivi provenienti da una molteplicità di ordini giuridici concorrenti.

Notevole è stato, notoriamente, l'apporto delle Corti non statali e non nazionali con le quali le Corti statali e nazionali sono tenute a un confronto (o, comunque, si considerano in tal senso vincolate)¹⁵.

3.2. *(Segue) Analisi comuni e divisioni operative*

Nei limiti di un discorso di carattere preliminare – il quale, a sua volta, presupponga un'esperienza di studio che abbia dato prevalenza, per necessità, a un settore (diritto privato) e soprattutto a talune delle sue interne articolazioni (diritto delle persone, delle obbligazioni e dei contratti) – si accennerà solamente a quattro, fra i tanti temi, che continuano a prestarsi alle discussioni e agli approfondimenti futuri, sebbene già abbiano conosciuto alcune proposte di sistemazione delle quali è doveroso tener conto in via primaria.

3.3. *(Segue) Linee di analisi. a) Comparazione fra i principi del diritto in generale e i principi di un settore*

In primo luogo, s'impone un confronto fra i livelli di fondamentalità, di generalità e di vaghezza dei principi che sono comunemente ascritti all'area del diritto privato (con restrizione necessaria alle suddivisioni e alle casistiche selezionate) e i corrispondenti livelli dei principi che sono comunemente riferiti: all'ordinamento giuridico dello Stato; al diritto dell'Unione Europea; al diritto che si forma nella molteplicità degli ordini che interagiscono variamente su scala mondiale.

3.4. *(Segue) b) Plurime conformazioni e storicità delle "catene o reti" dei principi*

Si dovrà al tempo stesso presupporre il rilievo, in una tale cornice, delle "catene o delle reti di principi", secondo le modalità dei

¹⁴ Un titolo, fra i tanti, è di per sé eloquente: C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano, 1990.

¹⁵ Per alcune considerazioni ulteriori – comprensibilmente ridotte all'essenziale anche nella documentazione – si rinvia ai §§ 9-18.

corollari e delle dipendenze ovvero dei coordinamenti, delle integrazioni, delle interazioni.

Questi confronti analitici dovrebbero affrancarsi quanto più possibile da precomprensioni extrafattuali: nella continua attenzione alla storicità dei principi.

3.5. *(Segue) c) Riflessione sullo “stato” dei principi (sulle loro “stagioni” nel tempo; sulle loro varietà nello spazio)*

In terzo luogo, è necessaria una riflessione sullo “stato” dei principi alla prova del diritto contemporaneo applicato.

Nel formulare l’una o l’altra ipotesi sulle origini, sull’obsolescenza e sulla fine di alcuni principi, ovvero, all’opposto, sulla formazione e sulle promesse di altri che emergono o che si progettano, il momento descrittivo, quand’anche sia condotto con scrupolo, è condizionato dall’incompletezza inevitabile dell’esperienza osservata nel tempo. Questa, a sua volta, non può totalmente ignorare la multiformità spaziale o geo-politica.

Ne risente per forza di cose il momento valutativo.

Quest’ultimo è ineludibile, sebbene possa mostrare tutti i limiti di un giudizio che, per quanto aspiri a un massimo di realismo cognitivo, è pur sempre criticamente influenzato, oltre che dalle opzioni ideali dell’osservatore, dalle conflittualità contingenti.

3.6. *(Segue) d) Anomie e antinomie a confronto con le realtà fattuali nella linea delle tendenze interpretative e costruttive*

In quarto luogo, occorre dare un risalto per quanto possibile esemplare alle anomalie e alle antinomie se non altro al fine di evitare che, nel discorso giuridico sui principi, la tendenza inflattiva e sgrammaticata – la quale grava sulla gran parte della produzione legislativa contemporanea – nel sommarsi alle declamazioni comprometta le soluzioni concrete dei non pochi, e crescenti, problemi interpretativi nonché delle ulteriori proposte costruttive¹⁶.

La multiformità dei materiali rilevanti condanna alla fallacia, per eccesso di riduzionismo, le valutazioni indifferenziate di segno affermativo o negativo.

¹⁶ Si aggrava – s’intende – la responsabilità, costruttiva e interpretativa, dei giuristi e dei giudici: A. CATAUDELLA, *L’uso abusivo dei principi*, cit., 747 ss.

Le prime pongono l'accento sui rischi connessi a un uso eccessivo che comporti squilibri nella distribuzione dei poteri.

Le seconde si pronunciano, al contrario, per una palese carenza sul piano dell'effettività.

Oltre a contraddirsi reciprocamente, questi giudizi – pur diffusi e talvolta persino formulati con accenti molto assertivi – hanno l'arbitrarietà che è propria di tutte le generalizzazioni delle «verità parziali»¹⁷.

3.7. *Quadro introduttivo*

Un elenco completo delle disposizioni che includono riferimenti ai principi del diritto sarebbe lunghissimo e avrebbe un rilievo informativo quanto mai debole a causa della palese eterogeneità dei significati e degli usi dell'enunciato.

Minime prestazioni di contenuto ordinante possono semmai derivare dal suggerimento di un quadro esemplificativo delle principali tipologie di principi e della loro efficacia operativa.

È comunque utile un confronto con alcune – non del tutto indistinte – serie di principi che hanno pur sempre un fondamento testuale.

Prende così a formarsi un disegno elementare e primario che è notissimo in ciascuno dei suoi tratti costitutivi, ma che non è forse inutile tener sempre presente, proprio al fine di porre le costanti esigenze di approfondimento e di aggiornamento dentro una cornice tendenzialmente già definita: la quale si presti pure a rendere meno vaghe le analisi critiche¹⁸.

1) «Principi fondamentali» della costituzione italiana del 1948 (artt. 1-12)¹⁹.

¹⁷ Questi problemi saranno trattati diffusamente in seguito, nel testo e nelle note. Per un quadro generale – in occasione di una vera e propria svolta nelle ricerche del settore, resta fondamentale G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 1980.

¹⁸ Puntuale e molto ricco è l'elenco che già si trae da R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, loc. cit.

¹⁹ S'intende che le indicazioni devono essere ridotte – in questo caso come nei numeri successivi – al minimo indispensabile; e hanno una finalità esemplificativa: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, 9ª ed., Cedam, Padova, 1975, 148 ss.; V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, 4ª ed., Il Mulino, Bologna, 1997; A. PIZZORUSSO, *I principi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, in AA.VV., *Atti dei Convegni Lincei* (96), loc. cit.

2) «Principi generali del diritto internazionale» ai quali, in quanto norme «generalmente riconosciute» il diritto nazionale si adegua in via automatica (art. 10 della medesima costituzione)²⁰.

3) «Principi generali» del Trattato dell'Unione Europea fra i quali sono compresi, in quanto «parte del diritto dell'Unione», i «diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (art. 6.3 del Trattato dell'Unione Europea, 1° dicembre 2009, che si apre – art. 6.1 – con il conferimento dello «stesso valore dei trattati» ai «diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo»). In tal caso, sappiamo che il fondamento costituzionale interno è frutto di una discussa storia interpretativa la quale ha trovato la sua base principale in una peculiare lettura dell'art. 11 della Costituzione italiana del 1948 e la sua aggiornata previsione nella nuova formulazione dell'art. 117, comma 1, in seguito alla modifica introdotta con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3²¹.

4) Principi derivanti dal rispetto dei vincoli che la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni ha nell'adempimento degli «obblighi internazionali» (art. 117 comma 1, della costituzione italiana del 1948). La giustificazione della distinzione, rispetto alla tipologia di principi che è stata descritta nel numero precedente, notoriamente dipende dal fatto che, sebbene nella nuova formulazione i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» siano accomunati ai vincoli derivanti «dagli obblighi internazionali», si è andata formando, dopo una prima fase di assestamento, un'interpretazione conforme, dei

²⁰ A. CASSESE, *L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*, Jovene, Napoli, 2009; N. RONZITTI, *Adattamento dell'ordinamento italiano alle norme imperative del diritto internazionale*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arancio Ruiz*, Jovene, Napoli, 2004, 635 ss.

²¹ Almeno un rinvio è doveroso, sebbene abbia assunto ormai un significato soprattutto storico: Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170 (il testo integrale è stato anche riprodotto *on line*; è consultabile, fra l'altro, in *bd60. leggiditalia.it.*). Nella vastissima letteratura sono ancora esemplari le chiare pagine di L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 532 ss. Sul «braccio di ferro» fra la Corte di Giustizia Europea e i giudici costituzionali nazionali, una sintesi chiara, che è anche una testimonianza qualificata e aggiornata, si trae dalle pagine (accessibili in *Internet*) di Giuseppe Tesaro sulle relazioni fra le Corti (Bruxelles, 25 maggio 2012).

giudici di legittimità e dei giudici costituzionali, sulla diversità delle conseguenze nel caso di violazioni legislative dei medesimi vincoli, a seconda che abbiano natura comunitaria ovvero internazionale (tale è il caso esemplare delle violazioni legislative interne della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, nell'interpretazione della Corte internazionale competente; e della necessità di sollevare, solamente in quest'ipotesi e non nella violazione degli obblighi comunitari dalla quale discende la disapplicazione diretta da parte del giudice ordinario della disposizione interna incompatibile, un'eccezione d'illegittimità costituzionale; e tutto questo in base alla teoria che suole essere riassunta nella nota formula sulle «norme interposte» fra la Costituzione e il diritto infracostituzionale)²².

5) «Principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»²³ ai quali com'è risaputo, si ricorre, in ultima istanza, per decidere la

²² «Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"; e che è soggetta a sua volta ... ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma». Sebbene il brano qui riprodotto sia notissimo, è parso opportuno porlo nuovamente in rilievo in maniera integrale a causa delle finalità di minima chiarezza che sono proprie di un quadro schematico che si dà per conosciuto: Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348. La citazione testuale si riferisce a Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349, in *www.cortecostituzionale.it*. Cfr. Corte cost., 21 maggio 2014, n. 135, in *Sito uff. Corte cost.*, 2014 e in *bd44, leggiditalia.it* (si tratta di decisioni tutte reperibili e per intero leggibili in via telematica).

²³ G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, in AA.VV., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, 443 ss. Questo saggio è rimasto celebre, per la perspicuità e per la forza con le quali – nella cornice di un'accurata ricostruzione storica – i confini dei principi giuridici statali e nazionali prendevano ad aprirsi, ben al di là del contenuto testuale delle preleggi, alla comparazione con i principi di altri ordinamenti. In seguito, questi ultimi saranno notoriamente richiamati, insieme con le decisioni corrispondenti, alla stregua di altrettanti argomenti interpretativi – e perfino integrativi – dai giudici nazionali di legittimità. L'apertura delle motivazioni ha reso più ricco – e al tempo stesso più esigente – il nesso con le decisioni. Il pensiero va immediatamente – com'è risaputo – al «caso Englaro», ma non mancano precedenti molto significativi: Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2007, 2366 ss.

controversia che «non può essere decisa con una precisa disposizione» e che rimanga ancora dubbia, dopo il vano tentativo di rifarsi alle disposizioni che regolino casi simili o materie analoghe (art. 12, comma 2, delle disposizioni sulla legge in generale del 1942)²⁴.

6) Principi generali che, con disposizioni costituzionali o infra-costituzionali, fissano limiti al potere del legislatore. Senza dubbio esemplare, in tal senso, è il principio d'irretroattività della legge penale. Tale principio comporta l'illegittimità costituzionale della legge penale retroattiva (art. 25, comma 2). In altri settori dell'ordinamento giuridico, il principio non comporta di per sé l'illegittimità della legge retroattiva, ma presuppone che la deroga, la quale per la sua eccezionalità esclude l'estensione analogica, non comporti una violazione di altri principi costituzionali (art. 11, comma 1, c. c.)²⁵.

7) Principi generali a cui è attribuita una funzione interpretativa con riguardo a singole leggi di ampio rilievo sistematico. Per esempio: con riguardo alle norme sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione (titolo I della l. 10 ottobre 1990, n. 287 relativa alla tutela della concorrenza e del mercato), è previsto espressamente (art. 1, comma 4) un rinvio «ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

8) Principi generali dei codici e di singole leggi di ampio rilievo sistematico (si pensi: *a*) quanto ai codici, alla disposizione dell'art. 11, comma 2, seconda proposizione della l. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, lì dove si dispone testualmente che agli accordi dei privati con la pubblica amministrazione, quali sono contemplati nella legge medesima, si applicano, salva diversa disposizione di legge e in quanto compatibili, i «principi del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti»; *b*) quanto alle leggi di ampio rilievo sistematico, si tenga di nuovo presente la legge sul procedimento amministrativo (e le successive modificazioni degli anni

(v. nota 43). Si rammenti ancora che G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto*, loc. cit. (dell'edizione dell'anno 1958) svalutò il riferimento dei principi generali al diritto dello Stato, in linea sia con la ricostruzione dei precedenti storici (codice civile austriaco e codice civile del 1865) sia con la convinta sua professione di giusnaturalismo; ma – come si è visto, *sub* nota 4 – egli dette un forte risalto a un fondamento non solamente nazionale. Questo punto è stato sottolineato da G. CONSO, *Presentazione*, loc. cit.

²⁴ S. BARTOLE, *Principi generali del diritto. a) Diritto costituzionale*, loc. cit.

duemila) e la tendenza a fissare, fin dalle disposizioni di apertura, le direttive basilari: «Capo I - Principi. Art. 1. Principi generali dell'attività amministrativa. 1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai "principi dell'ordinamento comunitario"»).

9) Con limitato riferimento alla competenza legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni, si pensi alla nuova formulazione dell'art. 117, comma 3, ultima parte, ove si prevede che, nelle materie ivi elencate, compete, e sia riservata, alla legislazione dello Stato, «la determinazione dei principi fondamentali» (si pensi, con riguardo soltanto alle prime voci di una lunga sequenza, a: «rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; ...; tutela della salute», e via dicendo).

Queste linee si suddividono al loro interno in direzioni molteplici e alludono a una serie molto nutrita di ulteriori riferimenti testuali²⁶.

Ne deriva un disegno che è solamente indicativo, ma che sembra sufficiente a porre subito in risalto alcuni passaggi necessari dell'attuale riflessione in materia di principi.

3.8. *Alcuni passaggi necessari. Normatività giuridica dei principi*

Un primo punto è costituito dalla normatività giuridica dei principi. Si può, certo, discuterne, in termini interpretativi o in termini di analisi realistica, il ruolo effettivo nell'ordinamento. Non si può tuttavia mettere in dubbio la testualità degli enunciati ufficiali, la forza che in molti casi è ai medesimi chiaramente riconosciuta nel sistema e nelle sue articolazioni di settore, il vasto raggio delle tante formulazioni esplicite.

²⁵ Notazioni molto puntuali – argomentate con finezza, e ben documentate – si devono a E. DEL PRATO, *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto*, nota a Corte cost., 22 maggio 2013, n. 92, in *Giur. it.*, 2014, 25 ss.

²⁶ L'informazione d'insieme presuppone un primario riferimento a trattazioni complessive. Per esempio: G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, loc. cit.

3.9. *(Segue) Diversità tipologiche*

Un secondo punto, non meno inconfutabile, è costituito dalla diversità tipologica. Si tratta di una varietà che non è soltanto palese con riguardo al contenuto (sebbene non solo siano possibili molti accostamenti in base a talune chiare affinità lessicali, ma soprattutto siano ben visibili le catene che si diramano, a guisa di corollari, da un principio dal quale derivino altri principi). Le diversità operative – che già si sono rese percepibili in molti tratti del disegno accennato e delle loro interne articolazioni – si manifestano nella diversa attitudine dei principi a governare i mutamenti del sistema giuridico (a seconda, per esempio, che il principio comporti o non comporti l'illegittimità costituzionale delle disposizioni incompatibili oppure legittimi o non legittimi nuove costruzioni che, con o senza il tramite d'interpretazioni molto discrezionali, contribuiscano a dare un volto effettivo al diritto in azione).

3.10. *(Segue) Origini interne o esterne a un singolo ordinamento e interazioni*

Un terzo punto si riferisce allo spostamento radicale dei principi – dall'assetto di un solo ordinamento statale e dalla geometria lineare che quell'assetto ha tradizionalmente garantito in senso verticale-costituzionale e in senso orizzontale, secondo grandi aree pur sempre interne a un sistema unitario – a un quadro d'insieme che, in base a un'apertura di quell'ordinamento medesimo, comporta il concorso di altri centri atti a generare principi vincolanti: secondo parametri che chiamano in causa la responsabilità delle corti non soltanto nazionali e non soltanto costituzionali e che costringono i giuristi a spostare l'asse delle loro ricerche dall'analisi critica delle categorie sistematiche alla difficile razionalizzazione di un ordine composito e mobile. Quest'ultimo quasi mai è interamente predeterminato, poiché dipende dalla confluenza di fattori multipli né sempre facilmente armonizzabili.

3.11. *(Segue) Enfasi assiologiche improprie*

Un quarto punto si riferisce all'individuazione di un tratto identificativo complessivo che sia conforme al quadro contemporaneo e all'opportunità di liberarsi dalle suggestioni degli atteggiamenti i quali perpetuino i paradigmi – e spesso i pregiudizi – di segno denigratorio

o di segno apologetico, che hanno distorto non poche analisi a causa della riduzione dei principi agli assiomi e a causa della predilezione ovvero dell'avversione dei giuristi per i discorsi in termini di valori.

Il quadro che si è tracciato basta a provare che la confusione dell'esame dei principi con il richiamo retorico o enfatico ai valori è frutto, in realtà, di un difetto cognitivo dal quale inevitabilmente deriva la perdita quasi totale del difficile confronto con la ricca varietà di problemi diversi da cui è pervasa l'intera trama dei principi, nelle loro diverse identità.

3.12. (*Segue*) *Pretesi riflessi sulla produzione contemporanea del diritto e sui poteri costituiti*

Non vi è dubbio, se si tenga presente questa cautela metodica, che un tratto identificativo complessivo sia pur sempre ravvisabile in una linea di sensibile mutamento delle modalità di produzione della giuridicità contemporanea. Tale è l'ulteriore punto, al quale parrebbe legarsi, anche in seno ai sistemi di *civil law*, uno spostamento del tradizionale asse di equilibrio fra il potere legislativo e il potere giudiziario. Non si tratta tuttavia di una sorta d'ingenuo e generale primato assoluto del giudice – il quale si appelli ai principi-valori e alla giustizia invocata dal popolo – a fornirci una chiave di lettura plausibile. I principi, quali s'intravedono sullo sfondo del disegno schematico fin qui tracciato, rendono immediatamente percepibili i tratti salienti del diritto contemporaneo su scala mondiale. Di un tale diritto quei principi positivi sono l'evidenza più forte, sebbene ancora attendano di ritrovare un ordine che la modernità giuridica aveva avuto l'ambizione di fondare fin dall'affermazione della separazione dei poteri nello Stato di diritto²⁷.

II. *Pratiche generali e pratiche settoriali*

4. *Brevi note introduttive a una ricerca dei principi generali del diritto con il criterio dei sondaggi «sul campo»*

I principi generali del diritto presentano, dunque, tratti comuni e diversi a seconda dei rami di un ordinamento.

²⁷ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., in particolare, 173-174, nota 11.

Ogni ricerca in questa materia, di conseguenza, si riparte per settori, a partire da uno sfondo unitario.

Per ragioni di minima competenza, oltre che di economia dell'analisi, i discorsi che seguono si riferiscono soprattutto, per di più, a talune articolazioni interne al diritto privato; e hanno un ulteriore carattere selettivo: nella linea pragmatica di un'emplificazione critica, quale è possibile trarre soprattutto dalle decisioni e dalle argomentazioni dei giudici.

Si presuppongono, pertanto, due ordini d'individuazioni e di delimitazioni.

In primo luogo, si deve accennare, con una descrizione che dia soprattutto rilievo alla pratica del diritto, all'individuazione e alla delimitazione dell'area di quei principi che sono considerati "insiti o connaturati o immanenti" rispetto al sistema, ovvero rispetto a una delle tante articolazioni interne. Come tali, si tratta, infatti, di principi che s'irradiano nei singoli comparti o che in quelli ulteriormente si specificano secondo plurime e multiformi direzioni.

In secondo luogo, si deve porre l'accento, sempre secondo lo stesso metodo di analisi, sull'area di quei principi che sono soprattutto pertinenti a una branca del sistema e che – secondo quel che qui specialmente s'intende brevemente rammentare – sono comunemente ascritti al diritto privato.

Nella storia dell'ordinamento giuridico è accaduto – e accade – che alcuni principi i quali hanno notoriamente origini in questo o in quel ramo del sistema attuale siano considerati immanenti a quest'ultimo in termini più generali: così da trarne ulteriori direttive e regole di applicazione comune²⁸.

S'intende che quanto segue si riferisce – com'è subito comprensibile – soprattutto a quelle parti del diritto che si è avuto modo di studiare in maniera meno superficiale di altre.

5. *Principi insiti nel sistema (connaturati rispetto al sistema, ovvero rispetto a una delle tante sue articolazioni interne)*

Ci sono principi che si suole considerare, secondo quanto si è in breve premesso, come «connaturati al sistema»; e tali essi sono, spe-

²⁸ F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, Treccani, Roma, 1991, 4-5 (e 17, lì dove si afferma che «tutti i principi generali dell'ordinamento

cialmente, nella qualificazione ulteriore – storicamente e geograficamente determinata – in termini di Stato di diritto e in termini di Stato democratico.

È senza dubbio eloquente, in questo senso, il Preambolo della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, lì dove (seconda proposizione) si è sentita l'esigenza di enunciare in maniera espressa, insieme con i «valori indivisibili e universali della dignità, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà (che stanno a fondamento, come sappiamo, dei corrispondenti principi dei Titoli I - IV e, rispettivamente, delle disposizioni degli artt. 1-5; 6-19; 20-26; 27-38), «il principio della democrazia e dello Stato di diritto», in quanto si pone a base dell'intero ordinamento dell'Unione Europea.

Piena è la corrispondenza, pur nel silenzio della legge, con quelle decisioni della nostra giurisprudenza (fra cui si annoverano anche alcuni *dicta* che sono stati raccolti in forma di massime nel 2014), che hanno considerato lo Stato di diritto nei termini di un principio e di un modello di ordinamento a cui, per l'appunto, è «connaturato» un altro celebre principio: il «principio di certezza», quale si applica anche, e soprattutto, al comparto del diritto amministrativo, con particolare riguardo all'«azione amministrativa»²⁹.

A sua volta, quel generale e fondamentale principio non scritto – che è immanente al diritto e alla cultura giuridica di un tempo e di uno spazio storicamente documentati ma che spesso tende a trascenderli – concorre con il «principio di tutela dell'affidamento» del cittadino, che, dopo la fase di costruzione per opera del pensiero giuridico, secondo modelli di originaria provenienza germanica – e di successiva applicazione per opera dei giudici soprattutto amministrativi – è stato «fagocitato» da un «legislatore onnivoro», insieme con altri principi, nel primo articolo della l. 7 agosto 1990, n. 241³⁰.

Nel rammentare la codificazione di quel principio, si deve sottolineare – sia pure incidentalmente – una novità emblematica, la quale si giustifica in base a un insieme di ragioni agevolmente intuibili.

sono dotati di copertura costituzionale almeno indiretta». Cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 183, nota 20.

²⁹ Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4482; Cons. Stato, sez. III, 1 settembre 2014, n. 4449; Cons. Stato., sez. VI 8 agosto 2014, n. 4233.

³⁰ F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1195-1197.

L'elenco testuale del primo articolo, infatti, include anche il riferimento ai principi generali e fondamentali dell'ordinamento non statale: i «principi delle Comunità Europee».

In tal modo si misurano davvero i decenni che separano questa menzione che trascende i confini dello Stato dall'art. 12, comma 2, ultima proposizione, delle disposizioni sulla legge in generale quali sono state notoriamente anteposte al codice civile del 1942: in tal caso, il confine statale è, infatti, testualmente previsto³¹.

6. *Principi nell'area del diritto privato. Un'individuazione e una determinazione che si danno per conosciute*

Il legislatore non delimita testualmente l'area del diritto privato e dei corrispondenti principi ma ne presuppone i confini e l'ambito di applicazione anche in termini che sono stati talvolta estesi ad altri tradizionali comparti.

Le disposizioni principali, da cui si deduce che l'area del diritto privato e dei suoi principi è data per conosciuta in base alla *opinio* prevalente nella comunità dei giuristi, si traggono dalla Carta costituzionale, dal codice civile e dalla legislazione, con particolare riguardo, in quest'ultimo ordine di ipotesi, alla legge sul procedimento amministrativo e alle successive modificazioni (l. n. 241/1990, così com'è stata parzialmente integrata all'inizio del ventunesimo secolo).

Nella Carta costituzionale riformata, il diritto privato è notoriamente qualificato nei termini dell'«ordinamento civile», al fine di attribuire alla legislazione statale la riserva della relativa regolamentazione, a partire ovviamente dai generali e fondamentali principi dell'intero settore (art. 117, comma 2, lett. l)³².

³¹ Per una documentazione elementare, v. già nota 23.

³² Un'informazione introduttiva si deve alla voce enciclopedica di A. MUSIO, *Diritto privato regionale*, in *Digesto, Disc. priv., Aggiornamento*, Utet, Torino, 2012, 355 ss. Per i contributi monografici: A.R. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, Il Mulino, Bologna, 2008; in particolare, 271 ss.; S. GIOVA, *Ordinamento civile e diritto privato regionale*, Jovene, Napoli, 2008; in particolare, 146 ss.; E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Cedam, Padova, 2005. Nella saggistica, in ordine cronologico inverso: V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2005, 1301 ss.; N. LIPARI, *Il diritto privato tra fonti statali e legislazione regionale*, in AA.VV., *L'ordinamento civile nel sistema delle fonti legislative*, Giuffrè, Milano, 2003; V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in

Nel codice civile, infine, il diritto privato è palesemente concepito alla stregua di un polo della celebre, quanto cangiante, dicotomia che ha all'altro polo il «diritto pubblico». Anche in questo caso i due distinti comparti si considerano già noti nei loro elementi qualificanti e nei loro principi (art. 11).

Nel quadro della legge sul procedimento amministrativo, le «norme del diritto privato» (con un implicito rinvio logico ai principi generali e fondamentali dell'intera area) si applicano agli «atti non autoritativi» della pubblica amministrazione, salvo che la legge disponga diversamente (art. 1-*bis*, l. n. 241/1990; si tenga presente che il testo in esame è stato introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15)³³.

Testuale era già stato, in relazione alla disciplina degli accordi dei privati con le pubbliche amministrazioni, il richiamo, nei limiti della compatibilità e salvo diverse disposizioni di legge, ai «principi», con riguardo alla materia delle obbligazioni e dei contratti e con

Riv. dir. priv., 2003, 11 ss.; G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Contr. impr.*, 2002, 597 ss.; P. VITUCCI, *Proprietà e obbligazioni: il catalogo delle fonti dall'Europa al diritto privato regionale*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 747 ss. Un confronto fra ordinamenti di tradizione diversa, soprattutto con riferimento alla Spagna, si trae da: V. BARELA, *Diritto privato regionale, foral ed autonomico. Verso un diritto europeo della persona*, Utet, Torino, 2009; R. TORINO (a cura di), *Il diritto privato regionale in Spagna*, Cedam, Padova, 2008. Fra le decisioni della Corte costituzionale – tutte molto significative – si segnala qui una dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 16, commi 1 e 4, l. r. Toscana, 15 novembre 2004, n. 63 (*Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere*) per l'esplicito riferimento alla violazione del «principio dell'autonomia negoziale dei privati» (in quanto materia riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in base all'art. 117, comma 2, l. Cost.): Corte cost., 4 luglio 2006, n. 253 (in tal senso è interpretata la regolamentazione statale vigente sul piano nazionale – art. 187, r.d. 6 maggio 1940, n. 635, – che ha dato esecuzione al t. u. 18 giugno 1931, n. 773, delle leggi di pubblica sicurezza). Una successiva pronuncia ha precisato che il legislatore regionale, se non imponga obblighi a contrarre, resta pur sempre competente a dare attuazione ai principi costituzionali di eguaglianza e di non discriminazione in ordine all'erogazione di servizi pubblici e privati: Corte cost., 21 marzo 2011, n. 94 (art. 7, comma 1, l.r. Liguria, 10 novembre 2009, n. 52). Numerosi sono i chiari e puntuali commenti, con altre informazioni critiche, di A.M. BENEDETTI: per esempio, in *Corr. giur.*, 2005, 1615 ss.; in *Danno resp.*, 2007, 46 ss.; in *Corr. giur.*, 2013, 8, 9, 1057 ss. (quest'ultimo concerne la l. r. Marche, 4 settembre 1979, n. 31 e la pronuncia della Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 6).

³³ Un aggiornato riferimento, nella vasta letteratura destinata all'insegnamento universitario, si legge – a titolo d'esempio – in M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, 512 (palesamente è, questa, una linea ben diversa rispetto alla sistemazione del trattato civilistico al quale si fa rinvio nella nota successiva).

espressa menzione delle corrispondenti disposizioni del codice civile (art. 11, comma 2, l. n. 241/1990, così com'è stato modificato dall'art. 1, comma 47, l. 6 novembre 2012, n. 190).

L'approdo finale è nel Codice dei contratti della pubblica amministrazione (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) che all'art. 2 dispone che le attività amministrative in materia di contratti pubblici si svolgono nel rispetto, «oltre che delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, delle disposizioni stabilite dal codice civile»³⁴.

7. *Multiformità dei nessi fra principi e delle interferenze con il diritto privato. Quadro schematico e prime verifiche applicative*

Già in base a queste indicazioni schematiche, si nota come siano diventate sempre più significative le disposizioni testuali le quali presuppongono l'esistenza di principi del diritto privato.

E tutto questo in un costante nesso: *a*) con i principi generali e fondamentali di fonti interne sovraordinate, da un punto di vista costituzionale (*a*¹); ovvero di fonti esterne variamente concorrenti in una sfera transnazionale (*a*²); *b*) con l'attitudine pur residuale a dare risalto alle basi dell'intero ordinamento; ovvero di altri ordinamenti di comune tradizione; *c*) con il rilievo assunto dalla trama di alcuni vasti comparti: che sono bensì riferiti ancora – secondo alcune disposizioni – al codice civile (si rammentino gli artt. 11, comma 2, l. n. 241/1990 e 2, d.lgs. n. 163/2006), ma che ormai hanno un'evidenza certamente imponente anche al di fuori di quel disegno consueto: con specificazioni, innovative e di vasta risonanza, nella cornice dell'intera area del diritto privato. Si pensi – nel limitarsi all'esempio che forse resta il più evidente – al diritto della concorrenza e del mercato, ove è costante il nesso fra i principi e le regole interne all'ordinamento nazionale (non senza una menzione dell'art. 41 Cost.), ma è ancor più denso di proiezioni applicative il rinvio interpretativo ai «principi dell'ordinamento delle Comunità europee»: art. 1, comma 4, l. 10 ottobre 1990, n. 287).

– *a*) - (*a*¹) Il nesso che, ai fini di un primo orientamento esplicativo, potrebbe definirsi “costituzionale”, si manifesta in forme pale-

³⁴ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Cedam, Padova, 2009.

semente diverse che è opportuno mantenere distinte. Vi sono, in primo luogo, alcuni principi – che hanno un terreno di elezione nella tradizione del diritto privato – a cui può ascriversi, in termini assiologici, una fundamentalità la cui generalità trascende i pur lati confini del diritto privato e che si pone, pur nelle tante sue articolazioni e con proiezioni peculiari, alla base dell'intero ordinamento.

Tale è, in primo luogo, il «principio di autonomia». In senso lato si tratta di una materia di rilievo costituzionale.

Eppure, da questa prima constatazione non deriva immediatamente, in senso logico, una garanzia che precluda, in via diretta e immediata, qualsiasi conformazione di quel medesimo principio, secondo il paradigma costituzionalistico che è notoriamente imperniato sulla rigidità della Carta e dei suoi principi fondamentali. I giudici costituzionali, con il consenso di molti cultori del diritto, manifestano orientamenti comuni³⁵.

Vi sono, inoltre, alcuni principi generali e fondamentali che, quando interferiscono con la regolamentazione dell'area del diritto privato, certamente conservano il loro carattere latamente costituzionale, ma che comportano un controllo di costituzionalità della legge privatistica incompatibile soltanto se si dia un concorso – per lo più nella cornice di un ulteriore principio (il «principio di ragionevolezza») – con la violazione di altre direttive: immanenti al sistema o comunque di rango costituzionale.

Si sa quale sia il peso emblematico che ha assunto in tal senso la legislazione retroattiva: costituzionalmente illegittima nel diritto penale (art. 25, comma 2, Cost.), può salvarsi dalla censura d'incostituzionalità nel diritto privato soltanto se sia in grado di esibire – anche in considerazione del principio di certezza e del principio di affidamento del cittadino – ragioni adeguate; mentre resta fermo, in consi-

³⁵ Si rileggano almeno, su versanti non coincidenti, le prese di posizione di: L. MENGONI, *Costituzione e autonomia privata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.; R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 1993, 13-14. Per un'attenta e aggiornata analisi critica dell'interferenza della libertà contrattuale dei privati con i «principi di uguaglianza e di non discriminazione»: E. NAVARRETA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 547 ss. Una sintesi, nella cornice europea, è proposta da S. PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contr. impr.*, 2013, 633 ss. L'argomento – a cui si è già accennato con riguardo a un profilo peculiare (diritto privato regionale: nota 32) – sarà ripreso, sempre in maniera sommaria, in seguito.

derazione della deroga al principio generale infracostituzionale dell'art. 11, nel coordinamento con l'art. 14, delle disposizioni sulla legge in generale, il divieto di applicazione analogica: che è imposto dall'eccezionalità della norma la quale sia in conflitto con il principio³⁶.

– (a²) Quanto al nesso con i principi di fonti esterne non nazionali, è sufficiente, a titolo di esempio, una rapida panoramica delle disposizioni della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea per rendersi conto del fatto, in piena evidenza, che una gran parte dei principi ivi enunciati talvolta è parte costitutiva delle grandi aree del diritto privato nazionale: con cui comunque si coordina in modo svariato (per esempio: il diritto delle persone e della loro integrità in tutte le fasi della vita umana; il diritto di famiglia; il diritto dell'impresa e della proprietà; il diritto del lavoro e i diritti sociali; i diritti dei consumatori; la tutela della salute e dell'ambiente, e così via; si consultino, fra gli altri, gli artt. 3, 9, 12, 15, 16, 17, 21, 23, 24, 25, 26, 27-38, nonché, con riguardo ai «principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene», l'art. 49; e s'intende che si tratta solamente di un primo elenco).

Il profilo più alto dell'integrazione fra i due ordini di principi si ha senza dubbio quando, nel determinare il nesso dei principi del diritto privato generale con l'art. 1 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea («la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»), si abbia cura di evitare ogni vuota proclamazione; e si provveda a dare un contenuto puntuale al principio tenendo conto dei margini offerti dal controllo di costituzionalità, com'è avvenuto con la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sui sussidi di disoccupazione e minimo vitale, con la ricostruzione del «minimo vitale» come diritto fondamentale fondato sul «superprincipio» della dignità³⁷.

Il pensiero va, immediatamente, almeno a quella pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea – che è subito assurta a vasta notorietà («caso *Omega*») – nella quale si è affermato «che il rispetto della dignità umana rientra tra gli obiettivi fondamentali non soltanto dello Stato membro ma della stessa Unione; e, come tale è

³⁶ E. DEL PRATO, *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto*, loc. cit.

³⁷ S. RODOTÀ, *Crescita e benessere*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 3-8; in particolare, 8, ove si cita, per l'appunto, la famosa pronuncia tedesca del 9 febbraio 2010.

idoneo a una compressione delle libertà fondamentali garantite dal Trattato»³⁸.

b) La vocazione extra-statuale e trans-temporale del diritto privato – soprattutto quale manifestazione di una sapienza, popolare e dotta, che si è tramandata alla stregua di una lingua nei sistemi giuridici dell'Europa continentale – ha fondato un'ambivalenza del significato del lemma «principi», a seconda che l'accento sia posto sulla razionalità scientifica ovvero sul fondamento di valore, pur nella difficoltà di creare una netta separazione fra l'una e l'altro.

Quest'attitudine a sorreggere, fin dalle basi primarie, l'intero ordinamento è stata rivendicata anche, e forse soprattutto – non senza intonazioni polemiche e rimembranze venate di nostalgia – nei tempi di ascesa del diritto dello Stato; e si è protratta, per un breve tratto temporale, anche dopo l'affermazione della «costituzionalizzazione» del diritto privato, negli anni successivi al secondo conflitto mondiale e alla promulgazione di un modello costituzionale rigido.

Sembra ormai innegabile, tuttavia, che il cambiamento giuridico si è definitivamente rafforzato anche nella pratica forense per il tramite di una fitta trama di decisioni dei giudici costituzionali e d'interpretazioni «costituzionalmente orientate», nonché sulla base di un attento confronto reciproco con le prese di posizione dei giudici di legittimità a sezioni unite.

Merita almeno una segnalazione, tuttavia, l'affiorare di una sorta di movimento circolare, o di andata e di ritorno, dalla cultura del diritto privato ai principi supremi: sui quali s'impenna quel «mutamento radicale del paradigma» costituzionale che si è manifestato nella seconda metà del ventesimo secolo³⁹.

³⁸ G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, Torino, 2014, 3-60; in particolare, 60, osserva come non sia stato risolto – in maniera sempre adeguata – il problema relativo al consenso delle persone interessate, in quanto argine al rischio di una violazione della dignità umana; e nota, altresì, come su questa decisione abbia con ogni probabilità influito l'art. 1 della Carta dei Diritti dell'Unione Europea: proprio una tale disposizione avrebbe pertanto contribuito a far «emergere una diversa sensibilità nei confronti del valore di dignità umana e degli obblighi di tutela che ne discendono».

³⁹ Si allude – senza pretesa alcuna di approfondire l'argomento – a quel modello, che è stato definito nei termini di un mutamento di paradigma e di una rivoluzione istituzionale; e che è stato descritto, da chi l'ha con più forza analizzato e proposto, nel seguente modo, tanto sintetico quanto efficace nella sua indubbia perspicuità. «Mentre l'esistenza o vigore delle norme continua a dipendere dalla loro forma di produzione, la

Non vi è dubbio, per esempio, che la buona fede sia stata studiata alla stregua di una clausola generale la quale ha un'origine, tanto antica quanto nobile, nel diritto civile romano.

Ebbene, i giudici di legittimità, in tempi a noi quanto mai prossimi, l'hanno fatta assurgere addirittura al rango dell'espressione di un principio costituzionale fondamentale: quale può trarsi dall'art. 3, comma 2, Cost.⁴⁰.

A prescindere dalle argomentazioni *in apicibus* – le quali non sempre si preoccupano, a dire il vero, di usare, com'è scientificamente doveroso, una massima cautela nel fissare le linee di un coordinamento fra trame culturali e sistematiche ascrivibili a tempi e a contesti geo-politici molto diversi – deve tenersi comunque presente che il paradigma dell'«ordine pubblico» italiano, quale criterio che è deputato a far da argine alla penetrazione nel nostro ordinamento di principi e di regole incompatibili, continua a riempirsi di riferimenti al «principio fondamentale di tutela della buona fede» e, in particolare, al «principio fondamentale di tutela dell'affidamento incolpevole» (quale è stato precisato in età moderna nella cornice del diritto privato e del codice civile), al fine di escludere le declaratorie di esecutività di quelle sentenze dei tribunali ecclesiastici che abbiano pronunciato la nullità dei matrimoni canonici con effetti civili a causa dell'esclusione, da parte di uno dei coniugi, di uno dei *bona* del sacramento nuziale, quand'anche la divergenza tra volontà e manifestazione sia stata unilaterale e sia stata perfino ignorata incolpevolmente dal coniuge; il quale abbia in tal modo ingiustamente subito le conseguenze dell'accertamento della nullità nella competente sede rotale⁴¹.

cui norma di riconoscimento resta il vecchio principio di legalità formale, la loro validità dipende anche dalla loro sostanza o contenuto, la cui norma di riconoscimento consiste nel principio di legalità sostanziale che la vincola alla coerenza con i principi e i diritti costituzionalmente stabiliti»: L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, cit., 8. L'argomento è diffusamente trattato, con un ricco corredo di argomentazioni e di confronti critici, nell'intero volume. La citazione che si è scelta vuol soltanto mettere a fuoco, in considerazione del tema qui accennato, i diversi livelli del riferimento ai principi: a un principio procedurale si affianca un principio sostanziale di conformità al contenuto di altri principi.

⁴⁰ Cass., sez. lav., 19 settembre 2013, n. 21454, in *Corr. giur.*, 2014, 165 ss., con nota di V. CARBONE, *Obbligazioni ex lege e responsabilità da inadempimento*.

⁴¹ Cass., 18 gennaio 2013, n. 28220, in *Fam. dir.*, 2014, 172 ss.

Meno rilevante, e tuttavia senza dubbio significativa, è la modalità di costruzione di un principio generale che sia applicato all'intero ordinamento sulla base di una disposizione puntuale la quale sia stata tratta da un comparto del sistema del diritto privato.

Si pensi alla deduzione del «principio interpretativo non scritto di conservazione della legge». Allorché si delineino due concorrenti interpretazioni delle quali l'una conduca a un qualche significato e l'altra approdi a una sorta di vuoto prescrittivo, è stato affermato il principio della scelta della legge utile.

Il fondamento è stato ravvisato, a sua volta, nel principio della conservazione del contratto e nella connessa disposizione testuale del codice civile secondo la quale «nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno» (art. 1367 c.c.)⁴².

Riferimenti al diritto privato come a un settore che, soprattutto in alcune materie, ancora si fonda su principi generali comuni ai diritti di ordinamenti statali distinti sono infine testuali, notoriamente, con riguardo al comparto della responsabilità extracontrattuale e, in particolare, dell'obbligo di risarcire «i danni cagionati» dalle istituzioni dell'Unione Europea o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni (art. 340, comma 2, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea).

Immediato è il confronto con le «tradizioni costituzionali comuni» e con i diritti fondamentali che da quelle risultano e che entrano a far parte del diritto dell'Unione Europea in quanto principi generali, secondo il famoso ultimo comma dell'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea.

c) Che i principi generali assumano contenuti diversi nei comparti interni al sistema è, infine, una conseguenza del fatto che si è andata indebolendo l'immagine stessa di un diritto privato generale insieme con il palese declino del primato e della centralità del codice civile. Con la vasta regolamentazione per grandi aree di forte e palese rilievo economico, finanziario e sociale era inevitabile che anche i principi generali di maggior rilievo innovativo si collocassero ai corrispondenti livelli, al tempo stesso in cui prendevano a ridursi, a su-

⁴² Cons. Stato, sez. V., 7 agosto 2014, n. 4214 (mass. redaz.), in *Leggiditalia*, consultabile *on line*.

bire palesi alterazioni, e a risentire di persuasive critiche radicali, alcuni principi che erano stati pensati con riguardo a un tempo in cui il diritto privato aveva un disegno organico più lineare e più conforme a un assetto ancora stabile e ordinato delle strutture e delle gerarchie sociali.

Il problema della distinzione e dell'influenza fra principi che si dispongono a diversi livelli di generalità e che presuppongono finalità ordinanti eterogenee o interferenti è destinato a diventare, in termini interpretativi e costruttivi, uno dei problemi fondamentali dell'analisi del diritto privato contemporaneo.

8. *Ricognizione selettiva e realistica di principi variamente riferibili al diritto privato contemporaneo*

Un criterio, almeno, di classificazione – per quanto sia certamente esposto alla riflessione critica – sembra avere una qualche utilità, nel dare un minimo di sistematicità alla scelta compiuta e alle sue più specifiche esemplificazioni.

Si tratta di un canone orientativo che presuppone, a sua volta, due ordini di distinzioni.

Il primo ordine di distinzioni, temporale e storica, è anche interno a un ordinamento determinato. Vi sono inclusi, per grandi linee: i principi che si è soliti attribuire alla tradizione di una cultura giuridica la quale penetri fin dentro la trama del diritto moderno e si adatti perfino al diritto contemporaneo; i principi, variamente coordinati, che si leghino strettamente allo Stato di diritto quali manifestazioni o quali articolazioni dei tratti distintivi di quest'ultimo; i principi che nascano – o che comunque acquistino – un risalto conforme al «mutamento di paradigma costituzionale» e che pertanto siano ascrivibili, in maniera più diretta, a quel modello che, come si è sinteticamente premesso, si suole definire, in termini specifici, come «rigido».

Il secondo ordine di distinzioni è anche pluri-ordinamentale e assume, inoltre, una più spiccata configurazione geo-politica. Quest'ultima impone, sul piano dell'applicazione, di non limitarsi a prendere atto dei pur significativi risultati che sono stati conseguiti nell'interpretazione e nella costruzione effettiva del diritto in azione. Tanto ha preso a percepirsi già per tramite di un concorrente ap-

porto di alcuni argomenti di ordine comparativo. Il ricorso a principi giuridici – che da tempo si siano diffusi e che abbiano assunto un ruolo forte entro culture giuridiche diverse rispetto a quella che è a noi strettamente familiare – dai giudici nazionali non è più considerato alla stregua di un'inutile esibizione o perfino di un arbitrio.

L'argomentazione di diritto comparato, sebbene quasi mai sia di per sé decisiva, è stata legittimata di fatto⁴³.

I principi non nazionali, per giunta, non hanno soltanto lo statuto di argomenti che il giudice usa, e che è autorizzato a usare, ma entrano a far parte di un circuito che è regolato da fonti interne e da fonti esterne le quali sono variamente riconosciute e sono variamente vincolanti nei confronti delle seconde.

Così, nel caso del diritto di fonte europea, quei principi – già per espressa previsione della disposizione che apre la legge italiana sul procedimento amministrativo (art. 1, l. n. 241/1990) – integrano – come si è anticipato – i principi del diritto amministrativo italiano.

Ancora: i principi del diritto europeo in materia di tutela della concorrenza e del mercato sono – e si tratta di un dato che ha subito avuto larga divulgazione – principi interpretativi della legislazione italiana del settore (art. 1, comma 4, l. n. 287/1990)⁴⁴.

Quanto al concetto di un «circuito», la formula non è generica e descrittiva, alla stregua di quella pur notissima che rinvia alle immagini della «rete» o dell'«arborescenza» giuridica.

Sappiamo tutti – anche in base a precedenti accenni – come siano testualmente previste, in termini generali, le ipotesi in cui le regole dell'organizzazione non nazionale che si coordina con il diritto dei singoli Stati membri sono attinte dalle tradizioni a questi comuni:

⁴³ Dopo che il Presidente della Corte di cassazione Vincenzo Carbone l'ha espressamente richiamato nel 2007 – in occasione della relazione annuale sull'amministrazione della giustizia – il celebre «caso Englaro», che fu deciso in quel medesimo anno (Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, *loc. cit.*), è assurdo – come si è già accennato (nota 23) – al rango di un discusso *leading case* nazionale in materia di uso giurisprudenziale della comparazione: V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. I. Testo e materiali per un confronto civil law common law*⁴, Giappichelli Torino, 2010, 18-23, 72-77.

⁴⁴ Nell'ovvia velleità – e ripetitività – di ogni riferimento pur minimo, diventa indispensabile un rinvio agli scritti da cui è possibile trarre un quadro critico: complessivo, chiaro e aggiornato. Per esempio: M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto, Annali dal 2007*, III, Giuffrè, Milano, 2010, 191-247. In particolare, sulle attuali disposizioni di principio del diritto dell'Unione Europea e della Costituzione italiana, *ibid.*, 191-198.

siano esse di natura «costituzionale» (e allora si tratterà di diritti fondamentali che hanno la qualificazione aggiuntiva di «principi generali:» art. 6, ultimo comma, Trattato UE); oppure siano immanenti a un settore centrale del diritto privato (come nel caso dei «principi relativi alla responsabilità extracontrattuale»: art. 340, comma 2, Trattato FUE).

Ben si comprende, allora, come i nuovi orizzonti transnazionali dei principi del diritto abbiano finito con il dare un nuovo risalto eminente, in termini di effettività e di vaglio critico dei cultori del diritto, a non pochi ordini, spesso connessi, di problemi e di modelli applicativi in presenza di concorsi apparentemente antinomici.

Si pensi, fra l'altro: ai confini dell'efficacia orizzontale (*Dritt-wirkung*) oltre che verticale; al ricorso all'«ottimizzazione» quale canone diretto a evitare il totale sacrificio di uno fra i principi in apparente conflitto; all'argomentazione correlata che si fondi sul «bilanciamento» o sulla ponderazione (fino al punto di dettare regolamentazioni pretorie che conformino uno dei principi in conflitto alla stregua di altrettanti limiti: i quali sono resi concreti da regole di specificazione applicabili anche a consimili conflitti casistici futuri); alla sistemazione, quando si renda ulteriormente necessaria, di rimedi adeguati allo scontro dei principi.

Nel procedere finalmente alle notizie sulla selezione e sull'esemplificazione tratta da taluni principi variamente interferenti con il diritto privato, sarà accolto come primario criterio ordinante un modello giuridico di ordine antropologico. Un qualificativo di tanto impegno non ha tuttavia l'ambizione di rifarsi in senso stretto ai risultati delle ricerche antropologiche quali sono state applicate, con ambizioni scientifiche, a tempi e a spazi diversi di un'esperienza che si suole denominare «giuridica»; e in un senso che trascende precisi limiti di tempo e di spazio⁴⁵.

Ci si limiterà, pertanto, a trarre spunto soprattutto dalle idee che sono state con grande perspicuità formulate da Luigi Mengoni in un saggio dedicato al diritto e alle diverse età materiali dell'uomo, poiché la cornice di riferimento, in quelle pagine, è stata compresa in un arco storico sufficientemente determinato⁴⁶.

⁴⁵ Si rinvia al testo e alla nota 61.

⁴⁶ L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in L. MENGONI, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 127. L'importanza di questo sag-

Sappiamo che – ancor prima dell'avvento delle Costituzioni democratiche del ventesimo secolo – già nel codice civile italiano, perfino nella cornice di un contratto, fu dato rilievo all'«integrità fisica e alla personalità morale» di un contraente e al corrispondente obbligo dell'altro.

Non a caso, e da tanto tempo ormai, la disposizione dell'art. 2087 c. c. suole essere comunemente descritta come l'emblema di un fatto compiuto che è compreso in un'era nuova della cultura del diritto.

L'identificazione dell'antropologia della modernità giuridica con l'individualismo dell'uomo possidente, infatti, aveva ormai perso – in maniera indipendente dal regime politico – quell'assolutezza da cui fu contraddistinta fin dalle sue origini.

«Il modello antropologico dell'individualismo proprietario» è stato dunque «corretto dal diritto del lavoro, che comincia a svilupparsi verso la metà del diciannovesimo secolo, o verso la fine, nei paesi, come l'Italia, a ritardata crescita capitalistica»⁴⁷.

Si è perfino e coerentemente parlato – con ulteriore e con maggiore forza – del diritto del lavoro come di un vero e proprio fondamento dell'«antropologia definitiva del diritto moderno».

Non si tratta, dunque, di una proiezione contingente della maschera giuridica della persona (sotto la quale notoriamente si occultò, per un tempo della storia, tutta la realtà, materiale e giuridica, connessa a un privilegio di censo), bensì di un mutamento ben più radicale, a cui è dato, in quelle pagine, un carattere davvero molto impegnativo: la «definitività».

In una tale linea di pensiero, quella definitività precede perfino la fundamentalità esplicita della Carta repubblicana (art. 1) e la conseguente sua costruzione nei termini di un immutabile «principio supremo»; e trova una testuale conferma anche sul piano dell'effettività della partecipazione di tutti i lavoratori, quale profilo costitutivo del contenuto del principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2).

L'antropologia definitiva della modernità, nel procedere dalle condizioni storiche e sociali dei lavoratori, le trascende; e assurge,

gio è stata nuovamente posta in risalto da S. RODOTÀ, *Crescita e benessere*, cit., 3-8; in particolare, 3.

⁴⁷ L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, loc. cit.

nel diritto contemporaneo, al piano di una garanzia costituzionale che mira allo sviluppo pieno delle personalità, quali che siano gli ostacoli, non solamente legati alle condizioni economiche e sociali – e, in particolare, all'organizzazione del lavoro nelle fabbriche – che di fatto si frappongono a quel fondamentale compito della Repubblica.

Il «personalismo» è il principio che, in una linea di conformità con il primato attribuito alla «dignità umana» nel primo titolo della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, presiede anche al diritto privato contemporaneo, nel senso di esigere modalità di tutela e di protezione che siano quanto più possibile effettive anche in quest'area di rapporti giuridici.

Tale è lo sfondo nel quale assumono una più precisa fisionomia, nell'attualità: quel principio fondamentale di libertà che suole essere ridefinito – in tempi a noi molto prossimi – nei termini dell'«autodeterminazione»; il principio “storico”, a cui si è fin dall'inizio accennato, dell'autonomia privata e della libertà contrattuale; il principio – che, invece, è del tutto estraneo alle codificazioni civili, poiché si lega soprattutto agli ultimi sviluppi della biomedicina – della gratuità solidale nell'area della disposizione del corpo e delle sue parti; il principio della tutela dell'affidamento nel quadro della buona fede.

Altri principi – che pure hanno avuto un chiaro risalto testuale, costituzionale o transnazionale (per esempio: solidarietà; sussidiarietà orizzontale; proporzionalità; istanze di uguaglianza e di giustizia sociale che interagiscano con principi di efficienza; e, infine, «ragionevolezza», la quale tende, per varie cause, a dilatarsi in maniera pervasiva) – meriterebbero, a loro volta, un approfondimento distinto sia in generale sia con riguardo ai tanti settori del sistema e anche all'area del diritto privato⁴⁸.

⁴⁸ Oltre a essere palesemente incompleti, i principi segnalati, e i problemi coinvolti, hanno formato oggetto – da tempo e nei più diversi comparti delle ricerche – di un vasto numero di approfondimenti quantitativamente e qualitativamente rilevanti: ai quali ci si deve limitare, ancora una volta, a fare un rinvio. S'intende, pertanto, che la documentazione qui indicata, oltre a essere soltanto esemplificativa, si presta allo scopo di fornire un primo orientamento informativo. Sulla «sussidiarietà orizzontale»: G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*², Laterza, Roma-Bari, 2011. Sulla «ragionevolezza», in generale, e con una puntuale analisi degli aspetti di diritto civile, S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 2005 (e si rammentino i rilievi critici di A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, loc. cit.; F.D. BUSNELLI, *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, cit., 9-26; nonché gli spunti di E. DEL PRATO, *Ragionevolezza, retroattività, so-*

Nella tirannia di una scelta ineludibile si potrà solamente accennare a taluni punti di possibile interferenza, cooperativa o conflittuale.

Si tratta comunque, e in maniera quanto mai evidente, delle primissime voci di un lungo elenco, il quale, notoriamente, ha punti di forza e ha punti contestati: in multiformi direzioni che si è costretti a tralasciare per motivi facilmente intuibili. Basti soltanto pensare – con un’associazione d’idee fin troppo immediata e scontata – oltre che all’area delle persone, dei contratti, delle obbligazioni e della responsabilità, a tutti i principali comparti del diritto privato e alle informazioni di base sui loro punti fondamentali di riferimento, vecchi e nuovi (famiglia; successioni; diritti reali; imprese e società; e così di seguito).

È quasi superfluo aggiungere che tutti i principi sono sottoposti generalmente a limiti.

Questi ultimi, a loro volta, non consentono dilatazioni in via analogica, quando abbiano un carattere di eccezionalità; eppure non escludono contemperamenti e amplificazioni contrastanti, quando gli uni e le altre possano ricondursi, d’altro canto, a concorrenti principi di segno parzialmente contrario.

S’intende, infine, che l’efficacia-effettività orizzontale, se e quando sia ravvisabile, reca con sé implicazioni sempre molto dense di questioni ardue, poiché esige un adeguamento della soluzione dei conflitti fra principi a quel tipo di rimedio (per esempio: invalidante; risarcitorio; combinato) che sia più compatibile con la peculiarità dei contenuti antinomici rilevanti in un contesto applicativo di per sé pervaso di domande insoddisfatte.

pravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto, loc. cit.; nota 25). L’evidente attualità del tema è attestata dal rapido succedersi degli scritti monografici successivi (Giorgini, Ricci e Zorzetto: ne dà conto lo stesso S. TROIANO, *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali dal 2007*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, 763-808; in particolare, 807). Per un quadro lineare: S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013. Alla «solidarietà», si avrà modo di accennare brevemente in seguito (in corrispondenza con le note 57 e 62). Sulla «proporzionalità»: P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 335 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Esi, Napoli, 2003, 443 ss. Sulle istanze di «giustizia sociale», nel contrappunto con un «principio di efficienza» nel comparto del diritto privato dei contratti: M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2006, 16 ss.

La rassegna molto rapida e incompleta si fa per necessità, a questo punto, del tutto schematica.

Poiché anche una rassegna ha un principio, non sorprende il rilievo primario che è stato attribuito, nel nesso con il riconoscimento e con la tutela della *dignità umana* (art. 1 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea), al *principio personalista* e alla sua incidenza nel diritto privato.

Deve tralasciarsi di proposito, poiché è fin troppo nota, la forza trainante delle decisioni dei giudici di legittimità e dei giudici costituzionali nella creazione di diritti della personalità che erano rimasti, in un primo tempo, privi di riconoscimento giuridico a causa della mancanza di riferimenti testuali⁴⁹.

Ci si limita, qui, a rammentare soltanto il contenuto della pronuncia della Corte costituzionale la quale usò espressamente il termine «personalista» al fine di aggiungere alla concessione giudiziale del diritto di passaggio coattivo a favore di fondo non intercluso – diritto che il codice civile prevede quando si riconosca che «la domanda risponde alle esigenze dell'agricoltura e dell'industria» (art. 1052, comma 2) – anche l'ipotesi del tutto nuova in cui il giudice riconosca che la domanda «risponda alle esigenze di accessibilità – di cui alla legislazione relativa ai portatori di *handicap* – degli edifici destinati ad uso abitativo». Sono, questi, impedimenti che non nascono dall'ingiustizia sociale e nelle fabbriche ma che direttamente dipendono dalla condizione umana nella sua materialità. Il diritto pubblico deve contribuire, se non altro, a diminuirne in qualche misura gli effetti che di per sé incidano in senso negativo sul pieno sviluppo delle persone; ma neppure si possono escludere, secondo i giudici costituzionali, alcuni significativi riflessi nel comparto dei rapporti tradizionalmente regolati dal codice civile, sebbene quest'ultimo, nel settore in questione (e non – com'è noto – nel rapporto di lavoro) abbia mostrato di dare risalto soltanto agli interessi economici e dunque allo sviluppo dell'agricoltura e dell'industria⁵⁰.

Quanto ai profili privatistici del *principio di autodeterminazione*

⁴⁹ Fin dagli anni settanta prese a delinearsi un quadro complessivo del mutamento che si andava determinando: P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.

⁵⁰ Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167, *Sturlese c. Ferrando e altri*, in *Giur. cost.*, 1999, 1607 ss., con nota di P. VITUCCI, *Il passaggio coattivo e le persone handicappate*.

nel quadro di alcune libertà umane fondamentali, si è in presenza di un lessico che ha assunto un significato nuovo.

Nell'accezione, che è in tal senso più diffusa, gli interlocutori principali non sono le Carte di vario rango e di provenienza, ove la formula dell'«autodeterminazione» non compare o è presente in maniera inespressa e in significati plurimi, ma, per un verso, e non senza profili di divergenza nell'uso del termine, sono i giuristi⁵¹; per un altro verso, sono i giudici: costituzionali e di legittimità⁵².

Da sempre al centro del diritto privato moderno, e tale da porsi a fondamento ideale dell'intero sistema, si pone notoriamente il *principio di autonomia privata e di libertà contrattuale*, al quale, proprio

⁵¹ S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Ambito e fonti del biodiritto* a cura di S. Rodotà, M. Tallacchini, Milano, 2010, 176 ss.

⁵² Sull'«autodeterminazione», in quanto espressione di un'autonomia (o indipendenza collettiva, se non di popolo), cfr. Corte cost., 27 luglio 1989, n. 453; Corte cost., 2 novembre 1996, n. 379; Cort cost., 27 gennaio 2005, n. 37. Per il significato di «autodeterminazione» – in quanto generale espressione di libertà individuale – cfr., con riguardo alla sfera sessuale, Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322. Infine, in ordine ai profili connessi alla salute e alla vita umana, nonché alla derivazione, in forma di sintesi, del principio fondamentale del consenso informato dal diritto fondamentale all'autodeterminazione della persona e dal diritto fondamentale alla salute, Corte cost., 23 dicembre 2008, 438; Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253 (che corrispondono alla massima, ormai consolidata, commentata nel testo). Si tratta, com'è facile intendere, di esemplificazioni indicative, che sono confermate dai giudici ordinari. La pronuncia più attuale – e già ampiamente nota e analizzata – è Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Sito uff. Corte cost.*, 2014 e in *bd44.leggiditalia.it* (consultabile *on line*): «è costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., l'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004 n. 40, nella parte in cui stabilisce per la coppia destinataria delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita il divieto di fecondazione di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. La scelta della coppia, assolutamente sterile o infertile, di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli, costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminazione, la quale, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo». S. RODOTÀ, *Crescita e benessere*, cit., 3-8; in particolare, 5, parla di un «super-principio» della dignità. Fra gli scritti dei giuristi meno lontani nel tempo, si rinvia – nel quadro di una linea ricostruttiva che pone l'accento sui rischi dell'assolutismo culturale di ordine liberale (o neo-liberale: d'importazione extraeuropea) – F.D. BUSNELLI, *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, cit., 9-26; in particolare, 15-19.

per questa nobiltà storicamente conquistata, si è avuto già modo di accennare, con riferimento a una tradizione di pensiero che si è andata criticamente rafforzando e sviluppando nel corso degli anni⁵³.

Si tenga presente che i giudici di legittimità hanno respinto l'«interpretazione costituzionalmente orientata» – nel senso della prevalenza implicita di un generale «principio di giustizia contrat-

⁵³ Deve precisarsi ancora una volta che l'assioma di un'autonomia privata la quale informi di sé l'intero sistema del diritto, coincide con un preteso primato – storico, dogmatico e ideale – del diritto privato. In termini costituzionali e, in seguito, nella cornice europea, si possono individuare, in una maniera assai meno generica, «stagioni» diverse. Per alcune sommarie indicazioni: U. BRECCIA, *Autonomia contrattuale*, in AA.VV., *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Utet, Torino, 2011, 67. Di «limiti» parlò, per esempio, chi – fra i primi – si espresse nei termini di una piena forza normativa delle disposizioni della Carta repubblicana: U. NATOLI, *Limiti costituzionali nell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955. Prevarrà, in seguito, il paradigma dei «controlli»: P. BARCELLONA, *Sui controlli della libertà contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 584 ss. Restano comunque fondamentali, nel contesto di un'adesione alle prime decisioni della Corte costituzionale (sulla «garanzia indiretta», in quanto mediata dalle disposizioni in materia di libera iniziativa economica e di proprietà privata: artt. 41 e 42), le pagine di P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967; P. RESCIGNO, *Diritti civili e diritto privato*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Milano, 1979, 243. In tempi ancor più vicini, una tale linea è stata riaffermata da L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, loc. cit. Diversa argomentazione ha proposto – nel senso di una garanzia costituzionale diretta (art. 2 Cost.), con palesi riferimenti alla cultura giuridica tedesca – C.M. BIANCA, *Il contratto*², Giuffrè, Milano, 2000. Spunti molto vivaci e originali si devono a R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, cit., 5 ss., nonché – in una prospettiva aperta a futuri scenari non soltanto nazionali – C. CASTRONUOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in AA.VV., *Contratto e costituzione in Europa*, a cura di G. Vettori, Cedam, Padova, 2005, 48 ss. Molto interessante è la fine ricostruzione storica di un «decennio» senza dubbio cruciale: F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in AA.VV., *Gli anni '70 del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Giuffrè, Milano, 2008. Per un quadro d'insieme, assai approfondito, ancora: F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir., Annali*, Giuffrè, Milano, (d'imminente pubblicazione). Esempiare, per incisività e chiarezza, è la complessiva ricostruzione di E. NAVARRETA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 43, Giuffrè, Milano, 2014, 589-647 (ove, fra l'altro, il diritto dell'Unione Europea è riassunto con il supporto di una documentazione selettiva e aggiornata). Cfr., in merito al quadro europeo, G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in AA.VV., *Contratto e costituzione in Europa*, cit., 237. Per una sintesi aggiornata: S. PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contr. impr.*, 2013, 633 ss. In fine, in termini ancor più generali: E. NAVARRETA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 671 ss.

tuale» sul «principio di autonomia contrattuale» – di quella ben nota disposizione del codice civile (art. 1384 c.c.) la quale (in materia di clausola penale manifestamente eccessiva) attribuisce al giudice un potere di riduzione in via di equità.

Non è stata accolta l'opinione secondo cui una tale norma potrebbe essere applicata in via analogica alla clausola la quale preveda una caparra confirmatoria.

L'art. 1384 c.c., infatti, è disposizione eccezionale rispetto al «principio generale di autonomia contrattuale» e, dunque, preclude l'integrazione incompatibile (art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale).

Un punto merita di esser posto in primario risalto: l'«interpretazione costituzionalmente orientata» non ha avuto successo presso i giudici della Corte di Cassazione⁵⁴ – i quali, in tal caso, sono del tutto in linea con l'insegnamento di una parte dei giuristi⁵⁵ – sebbene si tratti di un'interpretazione che aveva avuto, negli ultimissimi tempi, l'autorevole avallo dei giudici costituzionali, i quali si erano pronunciati nel senso che, in base al nesso fra il principio di buona fede e il principio costituzionale di solidarietà, che in tal modo penetra in via immediata nel contratto, il giudice può dichiarare in ogni caso nulla la clausola contrattuale incompatibile⁵⁶.

⁵⁴ Cass., 30 giugno 2014, n. 14776, a cura di F. Macario, F., con la collaborazione di G. Orefice, F.P. Patti, in *Contratti*, 2014, 1027 ss.

⁵⁵ G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»*, nota a Corte cost., ord., 21 ottobre 2013, n. 248, in *Contratti*, 2014, 926 ss.

⁵⁶ Oltre all'ordinanza n. 248 del 2013 (che è richiamata nella nota precedente), v., in maniera conforme, Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, 2035 ss. I giudici delle leggi danno al giudice un potere di controllo generale sull'autonomia contrattuale in base alla coordinazione, qui indiscriminata, fra due principi generali del diritto (buona fede e solidarietà), ai quali è riconosciuto un rilievo costituzionale. Si ambirebbe, dunque, a superare l'eccezione d'illegittimità della disciplina del codice civile in base all'asserita possibilità di un'interpretazione che pur sempre adegui il codice civile alla costituzione. In tal modo, tuttavia, si giunge a estendere il controllo giudiziale in termini che rischiano di vanificare la ragion d'essere stessa dell'autonomia contrattuale; e proprio nel quadro costituzionale. Quest'ultimo – anche in mancanza di una presa di posizione puntuale e certa – sembra ammettere, in maniera diretta o indiretta, controlli legali (invero, non necessariamente eccezionali). Gli interventi giudiziali, modificativi e correttivi, di segno equitativo (tale è il caso dell'art. 1384 c. c.), non mancano, ma rivestono un carattere di accentuata tipicità legale, il cui superamento – in base al principio solidaristico – sembra riservato a puntuali parametri di legge: i quali diano

Deriva, invece, da una generalizzazione in gran parte inedita – che si fonda sulla legislazione nazionale extracodificistica e sulle convenzioni internazionali e che trova conferme probanti per tramite della comparazione con altri ordinamenti europei, fino a culminare in una generale affermazione la quale è implicita nella Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (art. 3, comma 2, lett. *c*) – il *principio di gratuità solidale nell’area delle disposizioni del corpo e delle sue parti in quanto tali*⁵⁷.

Infine – ma si tratta di una fine necessaria, eppure quanto mai prematura – si deve riassumere e aggiornare lo studio del *principio della tutela dell’affidamento nel quadro – ancora una volta – della buona fede*.

Un tempo i cultori del diritto privato ne avrebbero fatto, al contrario, un punto di partenza non privo di profili controversi; e anche di notevoli spunti che, a quell’epoca, furono perfino innovativi.

Al giorno d’oggi, quel celeberrimo principio – ricco di passato e di proiezioni nella modernità giuridica – si è irradiato in tutte le direzioni, fino a trovare un terreno di elezione in quel ramo del sistema che più è intessuto notoriamente di principi di creazione dotta e giurisprudenziale: il diritto amministrativo.

Si apre, a questo punto, una domanda alla quale si è cercato di rispondere in base a un’attenta analisi delle possibili risposte alternative.

«Qual è [...] la spiegazione della tutela dell’affidamento ai vari livelli, comunitario, costituzionale e amministrativo?»

In proposito si contendono il campo due tesi: una che riconduce la tutela dell’affidamento al principio della buona fede oggettiva, norma non scritta che sarebbe vigente anche nel diritto pubblico e che avrebbe uno spettro di applicabilità che non si esaurirebbe nella tutela dell’affidamento; l’altra, più ristretta, che riconduce la tu-

un minimo di concretezza al nesso con il canone della buona fede oggettiva, nel senso di specificare meglio, nel difetto di misure certe, i contesti di una sproporzionalità eccessiva la quale sia frutto di un approfittamento ingiustificato.

⁵⁷ G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, loc. cit. L’argomento è stato studiato e criticamente approfondito – nelle pagine che qui si richiamano – in una maniera che ben può dirsi davvero esemplare. Il rinvio è tanto doveroso quanto imposto dai limiti del quadro minimo al quale ci si deve pur sempre attenere. S’intende che un confronto approfondito si presterebbe – se fosse possibile – a una sicura apertura dei principi: all’interno di un’area d’indubbio rilievo; e in gran parte inedita.

tela delle aspettative generate nella controparte nell'esigenza di certezza nei rapporti giuridici che caratterizzerebbe lo Stato di diritto.

Secondo questa seconda tesi, il principio della tutela dell'affidamento avrebbe una sua valenza autonoma e sarebbe riconducibile ad una logica diversa da quella che informa il principio romanistico della buona fede oggettiva richiamato dal codice civile, alla logica della tutela delle aspettative generate da un comportamento della pubblica amministrazione o del legislatore, tutela che sarebbe imposta dall'esigenza di certezza nei rapporti giuridici garantita dallo Stato di diritto. È allo Stato di diritto che è in definitiva riconducibile la tutela dell'affidamento, Stato di diritto che si manifesterebbe positivamente nei diritti fondamentali via via implicati nella tutela delle aspettative generate dai comportamenti del legislatore e della pubblica amministrazione.

La certezza del diritto desunta dallo Stato di diritto è, in definitiva, la fonte che impone di tutelare le aspettative generate anche dal comportamento del legislatore e della pubblica amministrazione. La tutela dell'affidamento è perciò un principio riconducibile soltanto al diritto positivo degli Stati moderni, in quanto Stati disciplinati dal diritto positivo che si esprime anche in principi generali che ne esplicano la logica di fondo.

Solo nel caso in cui siano individuabili aspettative generate da un precedente comportamento è possibile individuare un'ipotesi di tutela dell'affidamento, e compito della giurisprudenza è di individuare se e quando si sia determinata un'aspettativa del cittadino.

Questa concezione, che deriva dalla terminologia usata dalla Corte costituzionale tedesca, è transitata nella Corte di giustizia europea e, attraverso l'influenza della giurisprudenza comunitaria, da qui nei singoli ordinamenti nazionali secondo un procedimento che va sotto il nome di "circularità germanica".

Appare evidente che si tratta di uno scontro ideologico fra due diverse concezioni del mondo giuridico contemporaneo.

Secondo la concezione che riconduce la tutela dell'affidamento alla buona fede oggettiva e che, più in generale, sostiene l'esistenza di un principio di buona fede "verticale" che integra tutte le fonti del diritto positivo esistenti, comunitarie e nazionali, i sistemi codificati non avrebbero esaurito, né in passato, né ora, né presumibilmente in futuro, tutto il diritto positivo esistente. La produzione legislativa

non sarebbe in grado di esaurire tutto il diritto vigente, il quale continuerebbe ad essere integrato, per essere completo e rispondente alla tutela dei diritti, anche nel diritto pubblico, da principi generali del diritto, elaborati dal diritto romano ed intrinseci alla cultura giuridica occidentale. Il principio di buona fede sarebbe uno di questi principi, un principio di integrazione del diritto legislativo richiamato da quasi tutti i codici civili, ma vigente, per accertamento e applicazione giurisprudenziale, indipendentemente da tale richiamo, nello stesso modo nei confronti di tutte le altre fonti di diritto legislativo e perciò anche nel diritto pubblico, costituzionale e amministrativo, ed ora anche comunitario, in cui si “tingerebbe” delle caratteristiche peculiari di tali diritti, oppure, nella versione più limitata, dei diritti espressamente menzionati nella Costituzione, come è stato sostenuto da una parte della dottrina italiana per spiegare il limitato e rapsodico uso del principio della tutela dell'affidamento da parte della Costituzione italiana.

Si tratta, come è facile intendere, di una contrapposizione radicale fra coloro che sostengono che la codificazione e il diritto legislativo abbiano escluso una volta per tutte l'applicabilità del diritto romano comune e coloro che invece sostengono la sopravvivenza di principi di diritto romano comune integrativi del diritto codificato.

Con una conseguente diversa configurazione del ruolo del giudice: per i primi, il giudice può soltanto rendere coerente l'ordinamento giuridico vigente attraverso l'identificazione dei principi generali estrapolati dal diritto legislativo; per i secondi, il giudice integra l'ordinamento legislativo vigente e lo rende coerente attraverso l'applicazione di principi propri del diritto romano comune. Ma, al di là delle contrapposizioni ideologico-culturali, non certamente analizzabili nelle loro motivazioni in questa sede, un dato di fatto sembra comunque incontrovertibile per quanto riguarda la tutela dell'affidamento del cittadino: la giurisprudenza comunitaria, costituzionale e amministrativa dei vari Paesi della Comunità sono unanimi nel tutelare l'affidamento attraverso una valutazione della razionalità della ponderazione degli interessi al momento della decisione di un provvedimento legislativo o amministrativo.

Ora, mentre l'obbligo della ponderazione degli interessi risulta spiegabile se la decisione è regolata anche da una norma integrativa del diritto legislativo vigente, la tutela dell'affidamento attraverso un

principio, non integrativo, ma desunto dalla normativa sulla tutela dei diritti, implicherebbe la tutela automatica del diritto, una volta accertata l'esistenza di un legittimo affidamento, non la ponderazione degli interessi.

A questa osservazione, ricavata dalla giurisprudenza "vigente", nessuno ha dato finora una spiegazione più convincente di quella che si tratti di un rinvio integrativo alla buona fede "romana", così come è stato fatto espressamente nei codici civili per il diritto privato.

Naturalmente non ci si nasconde l'ulteriore obiezione che pure è al fondo dell'atteggiamento della più recente letteratura critica: il richiamo alla buona fede come principio integrativo del diritto romano comune al diritto legislativo è solo un alibi per legittimare una produzione normativa da parte dei giudici. Una produzione normativa incompatibile con uno Stato democratico nel quale i giudici non sono eletti.

Come si vede, si tratta di atteggiamenti ideologici, spesso inespresi, di per sé impermeabili di fronte ad argomenti strettamente giuridici, come quello dell'inspiegabilità della tutela dell'affidamento non in base al principio del *non venire contra factum proprium*, come sarebbe logico se la tutela dell'affidamento derivasse dalla "certezza" implicita nello Stato di diritto, bensì in base al principio della ponderazione degli interessi e della conseguente prevalenza dell'interesse considerato più importante. E poiché, allo stato della giurisprudenza dei giudici dei tre livelli in precedenza descritti, la tutela dell'affidamento sembra realizzarsi attraverso la ponderazione degli interessi, sembra ragionevole ritenere che la spiegazione più convincente sia il richiamo al principio di buona fede oggettiva, operante, in verticale, come principio di integrazione di ogni norma giuridica⁵⁸.

L'insolita lunghezza della citazione testuale è qui parsa giustificata in considerazione della sintetica chiarezza con cui è descritta la duplice, e intrecciata, alternativa fra:

a) l'origine del principio generale nella tradizione culturale del diritto comune ovvero nella legislazione del diritto moderno (a sua volta legata al principio di certezza);

b) le opposte opzioni ideologiche conseguenti alla diversa dislocazione dei poteri: giudiziale, nel primo ordine di idee; conforme al primato della legge nella cornice dei principi dello stato di diritto.

⁵⁸ F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, loc. cit.

Anche la conclusione è lineare: evita le riduzioni ideologiche; si pone nella linea di una più realistica ricostruzione della ragion pratica di una meditata soluzione dei conflitti giuridici legati all'applicazione dei principi generali.

La selezione dei principi si ferma, per forza di cose, a questo punto: che è posto soltanto all'inizio di un elenco molto più lungo; e comprensivo di molte altre figure: non meno emblematiche⁵⁹.

Ogni elenco che – per definizione – è aperto si ribella a qualsivoglia considerazione finale; eppure, a quanto pare, ha molto da dirci sul senso di un'«antropologia» del diritto positivo contemporaneo la quale aspiri a segnare un'epoca intera della cultura giuridica.

C'è, in questa linea di ricerca, un divieto di origine europea che assume un carattere davvero emblematico nei casi in cui dia l'impressione di porsi in conflitto con il rifiuto di contrarre: quale espressione di una libertà inscindibile – in termini logici ancor prima che in termini di principio – con l'altrui richiesta di contrarre, quali che siano le motivazioni, pur del tutto idiosincratiche, della scelta negativa. L'allusione è trasparente. Si trattava di quel «divieto di discriminazione» che è stato riaffermato, in termini progettuali, nel *Draft Common Frame of Reference* (art. II. - 2: 101). Non è in discussione il *se* del divieto. È da precisare il *modo*: sono in discussione i presupposti più specifici, i limiti, le conseguenze pertinenti. Alcuni suggerimenti ricostruttivi consentono di congiungere la ragion pratica più elementare con la preclusione di quei comportamenti che si riducano a un palese strumento di antinomia chiusa ostile nei confronti dei diversi e degli esclusi⁶⁰.

⁵⁹ Non vi è dubbio che la buona fede abbia segnato, e continui a contraddistinguere, alcuni tratti qualificanti della storia della teoria e della pratica del diritto. S'intende che non può essere questa la sede per tornare sull'argomento. Molto accurato e attuale, con riguardo a un quadro normativo e concettuale e sistematico più ampio per via del riferimento all'intero genere delle clausole generali, è il saggio di E. FABIANI, *Clausole generali*, in *Enciclopedia del diritto, Annali dal 2007*, V, Giuffrè, Milano, 2010, 183-253.

⁶⁰ E. NAVARRETA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 547 ss. (con ampia e documentata analisi in un contesto europeo), Nella letteratura monografica, la ricerca di base si deve a D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007. Fra i saggi più ricchi di notazioni che fanno pensare, si segnala A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 228 ss. Si rammenti qui l'art. 16, commi 1 e 4, l. r. Toscana, n. 63 del 2004 (Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento

Non è eccessivo in proposito riaffermare, e precisare in base alle brevi considerazioni sui singoli principi descritti, che quel che il «lavoro» indicava – quale paradigma che fu destinato a succedere al canone di un dominio individuale privato garantito dallo Stato, ma che pur sempre era subordinato al potere pubblico – si è esteso alla conflittualità connessa, in un senso più ampio, alla materialità diseguale della condizione umana in quanto tale; e ha dovuto far fronte alle inedite questioni, anche giuridiche, che hanno investito i corpi, e le istanze delle persone, nell'intersezione con un'imponente e multiforme mutamento di ordine scientifico e tecnologico; e con l'esigenza, in tal senso estesa, di promuovere, nel massimo grado possibile il pieno sviluppo delle persone le quali siano in vario modo impedito nell'esprimersi integralmente nella vita di relazione.

La pronuncia che espressamente unì la previsione dell'art. 3, comma 2, Cost. anche alla condizione delle persone che furono dette «disabili» fu oggetto di opinioni non sempre univoche, ma dev'essere tuttavia ancora ricordata, poiché si pronunciò comunque per un'antropologia⁶¹ che non può più ignorare il problema dei limiti della condizione umana; e della responsabilità «definitiva» del diritto dei nostri tempi: che continua a richiamarsi, almeno parole, al «principio di libertà», al «principio nell'uguaglianza», al «principio di fraternità-solidarietà», ma nel perpetuarsi di un intreccio – tragico – fra conflittualità e cooperazione⁶².

sessuale e dall'identità di genere). I giudici costituzionali hanno ravvisato gli estremi della violazione del principio dell'autonomia negoziale dei privati (in quanto materia riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, in base all'art. 117, comma 2, l. cost.: decisione n. 253 del 2006; v. nota 32).

⁶¹ Il campo delle ricerche di antropologia del diritto deve includere tanto le indagini fattuali di ampio spettro storico e spaziale quanto le riflessioni del pensiero contemporaneo che sono più strettamente legate – in maniera forse non evitabile – a un intreccio di considerazioni descrittive e d'ipotesi costruttive. Prende a delinarsi, comunque, una letteratura, già ricca di molti titoli, che invita a ulteriori approfondimenti. Fra i tanti scritti, non troppo lontani negli anni, v., in ordine cronologico, L. NADER, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, ESI, Napoli, 2002; A. SUPLOT, *Antropologia giuridica. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Mondadori, Milano, 2006 (ed. orig., Paris, 2005). Per un confronto con la cultura del diritto civile, molto istruttiva, con grande ricchezza di spunti personali, è la ricostruzione di R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007. V. anche nota 64.

⁶² Non c'è davvero bisogno di soffermarsi sull'ampiezza dei titoli che vertono sui destini della fraternità e nella solidarietà negli ardui confini del mondo del diritto. Al-

III. *Comunicazioni e lotte fra principi nell'orizzonte mondiale del diritto contemporaneo*

9. *«Modernizzazioni» incompiute a confronto*

Sappiamo che al tornante fra i due ultimi secoli – il ventesimo e l'attuale – i giuristi si sono messi all'opera, all'interno di singoli ordinamenti europei di grande tradizione, allo scopo di “modernizzare” i loro codici civili.

La categoria «principi» è stata senza dubbio variamente coinvolta nell'impresa, al cui centro si è posto soprattutto, com'è facile intuire, il settore dei contratti, fino a coinvolgere l'intero comparto, un tempo quasi per definizione più stabile e più uniforme, che governa nelle linee generali i rapporti di credito e di debito.

Anche l'Europa notoriamente si è mossa: nel punto di confluenza fra l'*acquis communautaire* e il disegno prospettico di un *common frame*, oltre che in armonia con un costante tentativo di darsi nuove direttive, le quali abbiano una portata non del tutto marginale (emblematica è in tal senso la direttiva in materia di vendita).

Di fronte a questa messe di materiali, della quale si sono indicati soltanto i documenti più noti, ogni analisi puntuale esorbiterebbe dai limiti di una sintesi che, per forza di cose, ha compiti soltanto introduttivi.

Qualche considerazione soltanto – senza ritornare sulla «modernizzazione» compiuta del codice civile tedesco – può semmai farsi, a titolo esemplificativo, in merito a una «modernizzazione» incompiuta, ma che sembra ormai prossima al compimento: il progetto di riforma del codice civile francese, con riguardo al diritto dei contratti.

cune ricerche si segnalano tanto per una rinnovata sensibilità e apertura quanto per il rifiuto di ogni bilancio che sia alterato da visioni precostituite, pur nella piena consapevolezza della gravità delle tensioni in atto e dei ricorrenti fallimenti. Cfr., per esempio, F.D. BUSNELLI, *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, cit., 9-26; in particolare, 9; F.D. BUSNELLI, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 1999, 435 ss.; N. LIPARI, “Spirito di liberalità” e “spirito di solidarietà”, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 1 ss.; E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, 2002; G. RESTA, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e irrazionali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 39-74; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, loc. cit.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 209 s.

Si tratta, infatti, di una trama normativa che presenta, oltre a chiare diversità, non pochi punti di contatto con alcuni problemi che sono di notevole attualità – sempre sullo sfondo europeo e transnazionale – anche nel diritto privato italiano dei nostri giorni⁶³.

La riflessione sul diritto dei contratti nel codice civile francese e sui principi non scritti che ne costituiscono il fondamento ideale ha serbato in quella tradizione giuridica un risalto che, da tempo, è andato smarrendosi in Italia, sebbene si tratti di un pensiero che trae comunque la sua forza dalla comparazione fra due epoche della storia del diritto privato moderno.

Si è scritto, in questa linea di analisi, che «il diritto dei contratti poggiava su un trittico: libertà, uguaglianza, giustizia».

I primi due assiomi erano confermati in diritto dalla soppressione dei vincoli e dalle disparità del passato. A sua volta, il quadro normativo nuovo presupponeva un massimo di consapevole astrazione: ossia la costruzione della categoria generale della soggettività eguale.

Tutto questo è pacifico; e continua, senza reticenze, a essere ripetuto.

«Presunti liberi ed eguali, i contraenti, esseri ideali e astratti» erano «reputati i migliori giudici dei propri interessi».

I principi fondamentali erano presunzioni di libertà e di uguaglianza.

Astrazioni ideali forti e fondanti sorreggevano, e proiettavano nel futuro, la modernità giuridica nella sua conformità alla modernità economica e sociale.

La diffidenza nei confronti di quei principi inespressi – di un loro uso retoricamente vuoto o ideologicamente troppo pieno – era comune tanto ai giuristi che temevano la fuga dalla puntualità delle regole effettive quanto ai giuristi che ne denunciavano la palese complicità con i poteri dominanti in linea di fatto.

Tutto questo non impedì agli addetti ai lavori di aggiungere alle verbalizzazioni assiomatiche in termini di libertà e di uguaglianza anche l'equiparazione del contratto al valore della «giustizia».

⁶³ D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte!*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 800 ss. (traduzione, a cura di Matilde Girolami del testo originale in *Rec. Dalloz, Chron.*, 291).

I contraenti, in quanto per definizione erano «reputati i migliori giudici dei propri interessi, avrebbero concluso e concepito un contratto necessariamente giusto: la giustizia poggiava sul contratto».

Dobbiamo, a questo punto, porci una domanda che sfiora un massimo d'ingenuità.

Ha ancora un qualche aspetto di attualità una consimile idea: che sia il contratto il valore, e al tempo stesso il presupposto necessario, su cui si fonda il valore della giustizia, nel contesto economico di un moderno Stato di diritto e, ancor di più, su di uno sfondo giuridico mondiale?

Prima di rispondere – in maniera intuitiva e sulla base di impressioni e di valutazioni comunque sommarie e non attentamente ponderate – è necessario prendersi una minima pausa di riflessione.

Anche nel confronto con il tentativo francese – che pare ormai prossimo a un compimento – di dare un minimo di ordine al diritto privato contrattuale, non si può fare a meno di notare che stanno ormai confrontandosi una modernità giuridica per così dire esaurita e una nuova modernità – per così dire: fattuale – che cerca di darsi un qualche ordine formale.

Le vie di una tale impresa sono palesemente difformi tanto sul piano nazionale quanto sul piano transnazionale.

La difficoltà maggiore sta proprio nell'ambizione stessa di «modernizzare» ulteriormente l'assetto di quei principi non scritti che furono già identificati, dalla *communis opinio* dei giuristi, con la modernità che suol dirsi occidentale (in senso istituzionale e in senso economico nonché – si può aggiungere – senza clamorose divergenze fra gli Stati di diritto e gli ordinamenti imperniati sulla *Rule of Law*).

Quel che si è andata smarrendo, infatti, è la tendenziale conformità delle astrazioni, delle presunzioni – in una parola: delle finzioni giuridiche – di quei principi-valori inespressi sia con le organizzazioni istituzionali, economiche e sociali degli ordinamenti giuridici statali sia con gli interessi e con i poteri dominanti.

Il tratto saliente della nuova modernità – se così proprio la si vuol chiamare, anche allo scopo di evitare le lusinghe di una formula («post-modernità» che, a dispetto delle tante sue ambigue pretese, parrebbe già alquanto ... invecchiata) – è la compresenza di movimenti contrastanti: i quali presuppongono un'opzione di natura interpretativa e costruttiva che sia quanto più possibile netta; e che sia

sorretta da un approfondimento delle diversità dei contesti in cui tali scelte siano razionalmente fondate.

Nella Relazione al progetto di legge – che ufficialmente ha dato il via, in Francia, al processo di riforma del diritto dei contratti e che è stato presentato dal Ministro della Giustizia il 27 novembre 2013 – balza subito agli occhi, nella sua chiarezza elementare, il tentativo di creare un ponte fra una modernità originaria e sistemata e una modernità nuova in via di sistemazione progressiva o per accumulo.

La prima modernità fece del consensualismo il principio in cui si riassumevano i valori di libertà, di uguaglianza e di giustizia che erano insiti nel contratto.

La seconda modernità accolse – anche al di fuori dell'ormai autonomo comparto dei rapporti di lavoro subordinato – un insieme di misure, non sempre armoniche, di protezione dei contraenti-consumatori, i quali per definizione notoriamente risentono di un'inferiorità informativa che vanifica le pretese di libertà, di uguaglianza e di giustizia quali si presumono di per sé garantite dal consensualismo contrattuale.

Le due idee alle quali la Relazione apertamente s'ispira sono – non senza che si dia così prova di una qualche dose di pur generoso ottimismo – la conservazione della modernità delle origini, quale si riassume nel concetto di «consenso», e il controllo del problema centrale della modernità nuova, quale si riassume nell'esigenza di tutelare giuridicamente, senza necessariamente limitarsi alla categoria dei consumatori, i «più deboli» (non si esita, infatti, a ricorrere a una formula, come quest'ultima, tanto generica quanto discutibile: la quale, nondimeno, è ormai d'uso – notoriamente – molto comune).

Prende allora a diffondersi – sulla spinta stessa dei fatti – una constatazione quasi immediata.

«All'idea, in voga all'inizio del diciannovesimo secolo, secondo la quale la giustizia poggia sul contratto, se ne è progressivamente sostituita un'altra, secondo la quale il contratto a sua volta deve poggiare sulla giustizia»⁶⁴.

Anche questo rovesciamento di prospettiva si candida tuttavia a essere un miraggio, se non si scenda sull'arida terra della determinazione delle regole nel confronto con i principi.

⁶⁴ D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte!*, loc. cit.

Sono state indicate, a tal fine, due grandi linee neo-sistematiche che – sempre con riguardo al *test* emblematico della «modernizzazione» del glorioso *code civil* – avrebbero l'ambizione di dare un quadro ordinato alle innovazioni più significative, quali si sono imposte, e non solamente in Francia, all'attenzione della presente stagione storica del diritto contrattuale.

In termini del tutto schematici, ecco dunque, da un lato, la «promozione degli scambi economici» con il suo corredo di principi (certezza; libertà; efficacia economica) e, dall'altro, la «protezione del contraente debole» con il suo corrispondente corredo di principi (lealtà o buona fede; proporzionalità).

Subito si nota, nel passare dai principi alle regole, come tali polarità siano presentate in termini di compatibilità dei rispettivi orizzonti normativi “neo-modernizzanti”, sebbene siano del tutto palesi le difficoltà di coordinamento e i rischi delle antinomie, poiché la rivoluzione che si annuncia è, in realtà, una «rivoluzione tranquilla»: che è poi un modo elegante per dire che tutto è fuor che una rivoluzione.

La riforma francese incorpora, in realtà, principi e regole che già la giurisprudenza ha in gran parte costruito; e, al tempo stesso, nell'affrontare, uno dei classici argomenti che, più o meno impropriamente, interferiscono con il principio della giustizia contrattuale, ossia il tema degli abusi di chi versi in una condizione di «debolezza», si segue la strada indicata da tempo dai giuristi dell'*Unidroit* e dai giuristi europei (annullabilità del contratto; possibilità di un intervento correttivo del giudice); secondo una scelta notoriamente diversa rispetto alla nullità prevista dal § 138 B.G.B. per il caso di un conflitto del «contratto usurario» con la clausola generale del buon costume.

Anche il declino di quelle prestazioni di giustizia contrattuale, che nel passato avevano trovato un qualche avallo giurisprudenziale con ricorso a un'interpretazione innovativa della categoria della causa, è in linea con la tendenza europea a seguire – lungo un'altra strada – un medesimo miraggio come traguardo.

Il tema del conflitto del contratto con le libertà e con i diritti fondamentali, infine, ha senza dubbio la sua cornice di riferimento ideale nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (nella direzione di una generale subordinazione del contratto a quei principi), sebbene resti aperto il problema della determinazione dei rimedi adeguati.

La formula dell'art. 4, comma 2, *Titre premier*, del *Projet Terré*, si pone il problema nei termini della concorrente protezione di un interesse serio e legittimo immanente al contratto; e solamente in tal caso ammette – nella misura indispensabile a evitare l'annientamento dell'interesse – un *vulnus* alle libertà e ai diritti fondamentali.

Il compito della ricerca dell'equilibrio è ancora una volta affidato, dunque, alla prudente valutazione dell'interprete.

Senza dubbio ardita, invece, fino a rasentare un rischio d'ineffettività, è la generalizzazione a tutti i contratti della disciplina che – con limitazione ai contratti dei consumatori con i professionisti – consente al giudice di eliminare, su domanda del contraente-consumatore, a cui danno sia stata stipulata, la clausola abusiva la quale determini significativi squilibri dei diritti e degli obblighi fra le parti⁶⁵.

S'intende che l'analisi delle contraddizioni e dello scarto fra i progetti e le applicazioni potrebbe continuare in direzioni molteplici.

10. *Difficoltà delle ricerche nel campo dei principi*

Uno sguardo pur sommario sulle iniziative nazionali, europee e transnazionali che variamente si sono poste alla ricerca dell'araba fenice – ovvero che si siano cimentate nell'ideazione di principi giuridici che siano all'altezza dei tempi e che non si rinserrino entro confini territoriali più o meno angusti – sembra già darci una visione d'insieme sulla quale è opportuno ancora riflettere.

Le «modernizzazioni» della modernità giuridica – da intendersi in queste pagine nel significato che gli studiosi del diritto comparato riassumono nella «tradizione giuridica occidentale» – sono, in realtà, un cumulo di problemi in cerca di soluzione, che la chimera di un ordine a senso unico non solamente non risolve, ma neppure è in grado di occultare.

Ancor meno convincono i tentativi che considerano già compiuto o in via di compimento – nella pratica di un diritto a più voci giurisprudenziali non sempre consonanti – un ordine unico che ab-

⁶⁵ D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte!*, loc. cit., non esita a esprimersi nei termini di un'ingenua *gauchisation* e di un probabile rigetto dell'innaturale trapianto nel diritto comune di una regola «che riflette lo spirito di un codice di settore».

bia come guida univoca la logica e il primato del mercato ovvero la logica e il primato dei diritti.

Tanto la prima quanto l'altra conclusione presuppongono, a loro volta, valutazioni sommarie di segno opposto: a seconda che gli osservatori nella sostanza, oltre a riconoscerne un'evidenza fattuale e un saldo fondamento economico e giuridico, esprimano anche un'opzione politica o comunque ideale per l'una o per l'altra configurazione di quell'ordine.

In termini fattuali, l'analisi non può davvero occultare la tendenza mondiale di segno – come suol dirsi – «neoliberista» né l'evidenza di una trama legislativa e giurisprudenziale la quale ne ha assecondato l'affermazione, in linea con gli orientamenti del pensiero economico e con i prevalenti indirizzi politici.

Assai meno lineare è l'analisi dell'individuazione e dell'applicazione dei principi, soprattutto quando si tratti di approfondirne distintamente la forza teorica e l'effettività.

La questione assume un risalto molto netto quando i principi – come avviene nel caso dei diritti fondamentali – si comportino come regole le quali esigano un'applicazione e non perdano lo statuto di norme giuridiche (addirittura di rango costituzionale, indisponibile da tutti i poteri, pubblici e privati), per il bruto fatto di una prevalenza, in molti contesti storici e geo-politici, della tendenza a emarginarle o a ignorarne, comunque, la variabile, ma non eludibile, incidenza nei sistemi del diritto.

Si consideri l'«antropologia definitiva» della modernità giuridica della quale in maniera emblematica parlò – come si è visto – Luigi Mengoni.

Sappiamo che quell'antropologia comporta – come vuole una linea coerente di pensiero – che il principio del pieno sviluppo umano assegni anche al diritto, in tutte le sue manifestazioni – ancorché secondo misure diverse a seconda dell'ordine dei rapporti giuridici di volta in volta rilevanti – un ruolo determinante nel contribuire a rendere meno dura la condizione umana: in maniera indipendente dall'ordine dei fattori che in maniera sperequata gravano sull'esistenza di ciascuno.

Non mancano alcune prese di posizione che descrivono, e che quindi valutano, la giurisprudenza europea delle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo, nel senso che le istanze personalistiche non sola-

mente siano state riconosciute ma si siano integrate con gli ordinamenti nazionali così da rafforzare – secondo il modello teorico che è detto del «multilivello» – le garanzie nazionali di tutti i diritti fondamentali.

Senza dubbio non si possono ignorare, inoltre, i forti segnali che – già nel preambolo della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, oltre che nel comma ultimo dell'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea – possono prestarsi a interpretazioni non del tutto riduttive.

Al tempo stesso, tuttavia, un approfondimento critico e disincantato delle tendenze in atto dimostra che i punti critici sono numerosi; e risentono pesantemente dell'intreccio fra: l'assetto effettivo dei poteri economici e finanziari; le ideologie dominanti; i modelli teorici.

Anche questi ultimi non soltanto continuano a relegare ai margini della giuridicità quei diritti in cui la qualificazione «fondamentale» si unisca alla qualificazione «sociale», ma trovano non poche conferme (e perfino molti rafforzamenti) negli orientamenti di pensiero che tendono a prevalere su scala europea e mondiale.

I principi del diritto, per motivi intuibili, hanno sempre risentito dello scarto rispetto alla realtà e delle concorrenze antinomiche.

I tempi in cui viviamo sono dominati, ancora una volta, dalla tentazione di rifugiarsi in un pensiero unico, che muti in ideologia un disincantato realismo.

Chi studia il diritto, al contrario, non smette di provarsi a eseguire il compito ingrato di rendere palesi i punti che non si prestino a una soppressione, apologetica o demolitrice, delle distinzioni, allorché si rendano necessarie.

La dignità e l'autodeterminazione, per esempio, sono principi che si conformano a una relazione con altri⁶⁶.

Sono destinate a perdere concretezza applicativa, sul piano della composizione dei conflitti giuridici, se siano dedotte in via automatica da un'assolutezza, trascendente o immanente, che subisca il modello improbabile dell'individuo isolato.

La ragione umana, qualora sia vagliata nelle sue manifestazioni

⁶⁶ Per un confronto con gli ultimi risultati delle ricerche antropologiche: L. CAVALLI-SFORZA, in L. CAVALLI-SFORZA, A. PADOAN, *Razzismo e noismo. Le declinazioni del noi e l'esclusione dell'altro*, Einaudi, Torino, 2013, 14-15; in particolare, 15.

empiriche⁶⁷, a sua volta non si riduce a un parametro unico, che pur già abbia avuto tante applicazioni quale paradigma teorico della scienza economica, ma, anche nel diritto, può utilmente adattarsi sia alle scelte che diano un primato alla gratuità⁶⁸ sia alle regolamentazioni che si integrino – nei casi in cui le relazioni giuridiche coinvolgano la vita stessa delle persone per lunghi tratti di tempo – con principi e con clausole generali conformi alla peculiarità della relazione⁶⁹.

Anche la natura – invalidante (o demolitoria) ovvero correttiva o risarcitoria – non dovrebbe trascurare la peculiarità dei principi e dei conflitti.

11. *Controverso intreccio di paradigmi che sembrano appartenere a tempi e a spazi in declino ovvero in ascesa*

Certo è che non si possono tacere – finalmente e sia pure in termini riassuntivi – due ordini almeno di perplessità, di per sé molto evidenti.

In primo luogo, ci si deve chiedere – come altri ha già fatto con analisi puntuale – se si siano logorate, a tal segno da fin quasi evaporare, le «vecchie idee-forza», pur nella concorrente ascesa di nuovi principi⁷⁰.

In secondo luogo, non si devono minimizzare i non pochi

⁶⁷ Una casistica esemplare (per la chiara vivacità espositiva e per l'ampiezza delle verifiche statistiche: rigorosamente controllate) si trae da D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, trad. it. di L. Serra, tit. orig. *Thinking. Fast and Slow*, (2011), Mondadori, Milano, 2012 (in particolare, per una divulgazione di alcuni aspetti del nesso fra modelli economici e modelli giuridici nel quadro dell'economia comportamentale nonché di un «paternalismo liberista», *ivi*, 456-461).

⁶⁸ G. RESTA, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e irrazionali*, cit., 39-74.

⁶⁹ AA.VV., *Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, a cura di L. Nogler, U. Reifner, Eleven International Publishing, The Hague, 2014.

⁷⁰ L'espressione «idee-forza» fu resa celebre da R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, 248. Sembra opportuno richiamarla, ancora una volta, almeno per tre ordini di ragioni: la scelta di un lessico che non si avvalse del termine «valori», né del termine «principi»; il riferimento delle idee-forza già al codice civile, nella consapevolezza dei segni di un'incipiente «modernizzazione» contraddittoria, oltre che incompiuta; la prima attenzione alla Carta costituzionale, quale punto di partenza per un mutamento delle vecchie idee in vista della maturazione delle nuove.

aspetti nei quali si manifestano la confusione dei tempi e le strumentalizzazioni da parte dei poteri in fatto dominanti⁷¹.

Tutti sanno che la soluzione di queste, e di molte altre, perplessità non è stata ancora trovata in via definitiva.

Non sorprende allora che i giuristi abbiano spesso la sensazione di trovarsi responsabilmente in prima linea sulla via di una doverosa ricerca.

Sembra palese che le linee direttive da sviluppare ulteriormente presuppongono: che non siano eluse le contraddizioni dietro sistemazioni velleitarie; che non si riduca il campo di osservazione a un solo e irrealistico elemento dominante; che si approfondiscano le distinzioni; che, soprattutto, non si cancellino o che comunque non si emarginino, tuttavia, quelle opzioni che il diritto comprensivamente inteso esiga in misura prioritaria: in quanto fondanti, e dunque, in quanto fondamentali.

La fine del discorso ritorna dunque al principio.

IV. *Domande*

12. *Moltiplicazioni di ordinamenti e di principi*

I principi si moltiplicano – con ripercussioni ben visibili all'interno dei singoli ordinamenti – in uno spazio che non è soltanto europeo e che, ormai, ben può dirsi mondiale, eppure è parzialmente privo di criteri di coordinamento che siano predeterminati in tutto e in maniera non controversa.

La moltiplicazione degli ordinamenti e dei principi ambisce a non lasciare alcun vuoto, ma spesso comporta un eccesso: nella forma di altrettanti elenchi minuziosi, da cui derivano non poche sovrapposizioni parziali, e perfino alcune ripetizioni.

Palese è il rischio di trasformare i principi in vane declamazioni: non tanto a causa della vaghezza e dell'enfasi quanto a causa di una ridondanza priva di normatività effettiva. La tecnica regolamentare dei nostri tempi tende senza dubbio all'inflazione sia delle norme di dettaglio sia delle norme di principio.

I testi, già di per sé alquanto prolissi, si aprono spesso con lunghi cataloghi: che sono formati, quasi a guisa di preambolo, da prese

⁷¹ F.D. BUSNELLI, *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, cit., 9.

di posizione in termini di valori, da disposizioni di contenuto definitorio (a loro volta assai dettagliate e analitiche), e infine da principi⁷².

La pluralità dei piani nei quali gli ordinamenti e i principi si dispongono è stata descritta con una formula di successo – «tutela multilivello» – ove l'accento tende palesemente a spostarsi dalla tradizionale chiusura nell'unità e nell'esclusività del diritto a una molteplicità utile, nella convinzione che sia già in atto (e che, comunque, si possa promuovere) un effetto di rafforzamento dei diritti e delle loro garanzie nei termini dell'accesso a una difesa che sia quanto più possibile piena ed effettiva.

La proliferazione dei livelli comporta anche la proliferazione dei dislivelli secondo paradigmi non sempre prefissati in maniera diretta e testuale.

I multilivelli sono costituiti, infatti, da nuovi assetti verticali: che si intrecciano e che presentano profili rovesciati più o meno effettivi.

Con la locuzione «controlimiti» i giudici costituzionali hanno dato, notoriamente, un crisma di ufficialità, con l'aiuto di un lessico innovativo, a un tale orientamento: che è a lungo rimasto tuttavia ai margini delle applicazioni sperimentate, sebbene si avvertano forti segnali di un mutamento denso d'incognite⁷³.

Le nuove verticalità non hanno, dunque, quella gradualità geometrica, che si assumeva certa, quale fu propria delle teorie dinamiche del diritto.

Le «reti» – di cui tanto ormai si parla – sono poco più che metafore, ma la descrizione si avvicina realisticamente a quel dis-ordine strutturale che nasce da un'inevitabile ridondanza di ordini normativi e di principi concorrenti.

L'impossibilità di governare per intero la varietà dei principi – anche in base alla sistemazione dei paradigmi di coordinamento, secondo le linee ricostruttive che furono proposte nel passato dai teo-

⁷² La molteplicità è multiformità di enti: che sono fioriti «in varie migliaia nell'ultimo mezzo secolo»; che «non appartengono a nessun luogo e impongono verticalmente i propri scopi a stati, popoli e individui»; che tendono «a formare uno strato di legalità *in sé e per sé*, di cui si tessono progressivamente i principi comuni»: G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?, Il Rule of law e la governance del mondo*, Il Mulino, Bologna, 2012, 7-8, 9 (ove si legge un primo elenco: che è indicativo, ma è già molto nutrito).

⁷³ Per un contributo fra i tanti, a noi prossimo nel tempo, v. A. VENCHIARUTTI, *Sistemi multilivello delle fonti e divieto di discriminazione per disabilità in ambito europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2014, 9 ss.

rici della pluralità degli ordinamenti giuridici (primo fra tutti – ben s'intende – Santi Romano) – accentua le variazioni argomentative.

Nella definizione in senso gerarchico dei principi, le verticalità assiologiche tendono a prendere un rilievo sempre più accentuato; e si affiancano alle rigidità costituzionali di carattere procedurale e materiale.

Un qualche ordine si profila, ma tende sempre più spesso a essere determinato in maniera extrasistemica e mobile: secondo modalità che non sono né strettamente interpretative né chiuse in un solo sistema giuridico.

Il carattere non del tutto arbitrario di una tale libertà costruttiva – che forma oggetto di un'esperienza diffusa – deriva da talune legittimazioni che sono fortemente fattuali ma che hanno, a loro volta, non poche radici normative fondamentali, in un senso latamente costituzionale (sia in termini testuali sia in termini interpretativi, fino al punto – come sappiamo – di aver condotto, in Italia, alla nuova formulazione di alcune disposizioni della Carta repubblicana)⁷⁴.

La moltiplicazione degli ordinamenti e dei principi ha dato un risalto inedito anche alla tradizionale funzione integrativa che faceva dell'ordinamento giuridico dello Stato il contenitore dei principi generali di chiusura e la fonte ultima dell'integrazione del sistema⁷⁵.

Si tratta ora non tanto di reinterpretare, in una chiave consimile, l'art. 12, comma 2, ultima proposizione, delle disposizioni preliminari al codice civile, ma di controllare, in base all'esperienza – e l'analisi è davvero già molto agevole – quali siano state le applicazioni più significative, oltre che gli eventuali profili discutibili, del ricorso ai principi di altri sistemi giuridici nell'argomentazione delle decisioni nonché, più in generale, nella fase delle determinazioni delle regole operative.

Queste ultime hanno avuto talvolta – in relazione a conflitti che hanno appassionato e diviso l'opinione pubblica – una matrice nell'appello concorrente (eppure non semplicemente *obiter*) a casi e a

⁷⁴ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 165-172, ha proposto una distinzione interna alle gerarchie normative: strutturali o formali (pp. 165-166); materiali o sostanziali (pp. 166-167); logiche o linguistiche (pp. 167-169); assiologiche (pp. 169-172).

⁷⁵ Un quadro molto documentato e molto chiaro, in relazione al tempo in cui fu tracciato, si trae da S. BARTOLE, *Principi generali del diritto. a) Diritto costituzionale*, cit., 494-533.

decisioni (dunque, anche a direttive), le quali richiamano apertamente principi di origine non statale e non nazionale⁷⁶.

Sebbene sia da tempo conosciuta (e ormai sia anche riconosciuta e praticata senza gravi contrasti), la svolta più significativa nell'applicazione dei principi, secondo una funzione che tende a produrre conseguenze affini ai famigerati *arrêts de règlement*, si è avuta con l'importazione della tecnica del «bilanciamento»: secondo i due notissimi passaggi che dalla cultura giuridica nordamericana si ambientarono dapprima nei ragionamenti della nostra Carta costituzionale e divennero ben presto familiari nella giurisprudenza ordinaria.

Quando non si ravvisino basi, sia pure non testuali, per un ordine gerarchico e si profila il rischio paralizzante di un'antinomia, l'unica via, che salvi insieme i principi paritari in conflitto, è il temperamento; ma quest'ultimo, al fine di evitare il giudizio caso per caso, esige regole, che, nel consolidarsi tracciano una disciplina ricorrente: la quale, a sua volta, può prestarsi, e si è prestata, a mutarsi in legge, con ricorso al modello della recezione dei precedenti già consolidati⁷⁷.

13. *Forza superiore ideale e condizionamenti materiali dei principi*

13.1. «Indisponibilità»

Con l'avvento delle costituzioni rigide, l'antica idea dell'esistenza di un'area del diritto che non sia disponibile e che non sia decidibile da nessun potere sovrano, e neppure in base al principio di maggioranza, così da essere presidiata da principi di rango sovraordinato a tutti gli altri (con la conseguenza inevitabile che soltanto in un opposto sistema giuridico, del tutto eversivo rispetto al prece-

⁷⁶ L'integrazione è imposta, in caso di lacune, dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, ma è resa possibile, in maniera diffusa, già per il fatto che i principi, notoriamente, sono «matrici di norme»: C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, 184.

⁷⁷ Per esempio, l'esercizio dei diritti di critica o di cronaca, nel confronto con il diritto della persona (del quale diritto si assume la lesione), deve conformarsi con i requisiti della verità dei fatti, dell'interesse pubblico all'informazione, della «continenza» dell'esposizione. La tecnica del bilanciamento produce una regolamentazione giudiziale che, notoriamente, si tramanda immutata negli anni, a partire da un caso-guida: Cass., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giust. civ.*, 1985, I, 215 ss. Subito fu avvertita l'importanza della decisione: e a tal punto che si parlò – con una formula che fu coniata da Roberto Pardolesi e a cui subito arrise un largo successo – di un «decalogo del giornalista».

dente, potrebbero di fatto imporsi principi contrari), si è ambientata, per ragioni storiche e ideali ben diverse, nel nostro diritto positivo contemporaneo⁷⁸.

Le prime domande che vengono alla mente sono intuibili, poiché l'affermazione di principio presuppone l'«indisponibilità» di alcuni principi, ma non si esprime sui loro confini⁷⁹.

Ne deriva la delega ai giudici costituzionali di un forte potere prescrittivo: che peraltro rischia di fallire alla prova dei fatti, ove alle declamazioni non seguissero – per ragioni di realismo latamente politico – applicazioni coerenti.

S'intende che l'«indisponibilità» accomuna la tradizione anglosassone della legalità (*rule of law*) alla legalità che è imperniata sul nostro attuale paradigma costituzionale garantista, scritto e rigido⁸⁰.

Permangono, ovviamente, tanti altri profili distintivi che è superfluo rammentare.

Vi è semmai da chiedersi se, e come, i due modelli possano utilmente integrarsi in un contesto pluriordinamentale mondiale.

Non meno nette – e apertamente enunciate – sono comunque le divergenze sul paradigma al quale dovrebbe darsi un primato⁸¹.

⁷⁸ Tocqueville si chiese, ai suoi tempi, quale fosse la causa della grande forza del potere giudiziario negli Stati Uniti e notò che stava in questo solo fatto: «gli americani hanno riconosciuto ai giudici il diritto di fondare le loro sentenze sulla *costituzione* piuttosto che sulle *leggi*». Tutto questo non accadeva in Francia (a quel tempo: ma la tendenza si è attenuata soltanto alla fine del ventesimo secolo): «qui la ragione ordinaria deve cedere alla ragion di Stato». La conclusione – che si commenta da sola e che si presta a riflessioni aggiornate in direzioni molteplici – era nel senso che «il potere accordato ai tribunali americani di pronunciarsi contro l'incostituzionalità di una legge forma ancora una delle più forti barriere che mai siano state elevate contro la tirannide delle assemblee politiche»: A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, Mondadori, Milano, 1992, 101-105.

⁷⁹ Il concetto di «indisponibilità» traduce il termine della lingua tedesca *Unverfügbarkeit*. Per una chiara sintesi si rinvia a J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica, I: Diritto e morale* (Tanner Lectures), Einaudi, Torino, 1992, 55-57.

⁸⁰ La centralità della nozione di «indisponibilità» è così descritta, con chiarezza, da G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?*, cit., 42: che siano radicate nella tradizione delle istituzioni e delle leggi degli inglesi o nella «ragione naturale» dell'illuminismo «le sacre *properties* degli esseri umani non sono in ogni caso concepibili come qualcosa che possa mai dipendere dai parlamenti e, ancor meno, dalla democrazia». Vi sono, dunque, principi del diritto stesso – non già della morale in quanto tale – che, in tal senso, non sono disponibili dal principio maggioritario.

⁸¹ Per un primo approfondimento, si rinvia a L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 22 ss., nota 25, e 184 ss., nota 2.

13.2. «Indivisibilità»

La generazione dei «diritti sociali» fondamentali – in quanto diritti a prestazioni pubbliche che sono stati garantiti, sul modello di Weimar, da molte costituzioni novecentesche postbelliche contraddistinte dal paradigma della rigidità – ha notoriamente posto, anche in termini di principi, il problema sistematico del nesso con gli altri, e più tradizionali, diritti fondamentali di libertà, quali diritti della prima generazione.

In termini di valori, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea si è solennemente espressa, nel preambolo, all'insegna del super-principio dell'indivisibilità e dell'universalità della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, ossia dei quattro capi in cui si articola la Carta, secondo un nesso, costantemente in tal modo presupposto, fra i diritti di libertà della prima generazione e i diritti sociali della seconda generazione⁸².

La nozione d'«indivisibilità» è senza dubbio molto impegnativa, ma non elimina il grave problema della diversa modalità del controllo nei confronti dei poteri infracostituzionali.

Nel caso dei diritti di libertà si tratta, infatti, di opporsi alle violazioni attive; nel caso dei diritti alle prestazioni sociali, si deve imporre un ordine di strumenti che siano giuridicamente adeguati anche a promuovere e a imporre contegni attivi⁸³.

13.3. «Fondamentalità condizionate»

Prende a delinarsi una contraddizione che pervade l'intera materia dei diritti fondamentali quando siano intesi alla stregua di principi generali.

All'indubbia forza delle affermazioni, in termini di indivisibilità e di universalità, si unisce strettamente una grave debolezza operativa, di cui ci si avvale – in maniera incompatibile con il concetto di fondamentalità dei principi – per proclamare una sorta di fondamentalità finanziariamente ed economicamente condizionata, in cui il condizionamento e il suo contenuto finiscono con il vanificare la

⁸² Sono *indivisibili* e universali – si legge nella seconda proposizione del preambolo della *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea* – la dignità umana (artt. 1-5), la libertà (artt. 6-19), l'uguaglianza (artt. 20-26) e la solidarietà (artt. 27-38).

⁸³ L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, loc. cit.

fondamentalità e, con quella, le qualificazioni giuridiche corrispondenti: sia in termini di principi si in termini di diritti⁸⁴.

L'ineffettività è usata come un argomento negativo rispetto all'affermazione dei valori indivisibili e universali; e alle sue qualificazioni in termini di principi di solidarietà e di socialità⁸⁵.

14. *Altra «legalità»*

14.1. *Legalità pluralistica e in progress*

In una cornice pluriordinamentale – che va determinandosi, in maniera progressiva (tale è il caso dell'Unione europea); e che variamente si rapporta a una proliferazione di organismi e di corti su scala mondiale – la legalità tende a indebolire i suoi fondamenti consueti, sebbene il corrispondente principio corrispondente abbia ancora una forza innegabile nel quadro dell'ordinamento statale e delle sue interne articolazioni (con speciale riferimento – s'intende – al diritto penale e al diritto amministrativo)⁸⁶.

14.2. *Ardua ricerca di una nuova legalità come «ritorno al diritto». Confronto di modelli costituzionalistici*

Nasce l'esigenza di una riflessione a più ampio raggio che sappia confrontarsi, in una linea di ricerca storica e di diritto comparato, con il concetto di *Rule of Law* e con le aspirazioni a una legalità costituzionale, in un costante contrappunto fra l'impossibilità di un *government* mondiale e l'ipotesi, irta d'incognite, della formazione progressiva di una *governance* senza confini⁸⁷.

⁸⁴ C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rassegna parlamentare*, 2013, 785-833.

⁸⁵ Quel che dovrebbe essere riconosciuto come diritto si presenta come merce, «con un evidente ritorno alla cittadinanza censitaria»: S. RODOTÀ, *Crescita e benessere*, cit., 3-8; in particolare, 6.

⁸⁶ I principi comuni sono progressivamente elaborati da comunità – di giudici, arbitri, esperti – che sono state qualificate «epistemiche», poiché «hanno in comune una competenza, un *sapere*»: G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?*, cit., 9.

⁸⁷ «La promessa di legalità, a differenza del miraggio di un sistema», presuppone un insieme di relazioni che nascono «in un ambiente (un *multiverso*) che non appartiene a nessuno in particolare, né ricade sotto un unico prometeico potere»: G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?*, cit., 10.

V. *Tentativi di risposte*

15. *Tipi*

15.1. *Trascendentali, trascendenti, combinati*

La fundamentalità dei principi è spesso descritta in termini di un'immanenza al sistema. Alcuni principi tendono addirittura a porsi al di sopra, in senso logico-trascendentale o in senso assiologico-trascendente, rispetto al sistema; e molte volte si tratta di principi che si uniscono e che si richiamano a vicenda secondo varie combinazioni⁸⁸.

15.2. *Procedimentali e sostantivi o materiali*

Il carattere assiomatico dei principi è spesso indissociabile dalla trama procedimentale o procedurale delle istituzioni giuridiche.

La distinzione fra i principi del processo e i principi del diritto che suole dirsi sostanziale può essere utile in termini descrittivi, ma è palese la coesistenzialità, e l'intima connessione, fra gli uni e gli altri⁸⁹.

⁸⁸ La tendenza al riconoscimento di un «superprincipio» (o, non di rado, di una pluralità di superprincipi) è attestata sia nel quadro costituzionale (art. 139) come nelle costruzioni dei cultori e degli operatori del diritto (sebbene le opinioni siano tutt'altro che unanimi: si pensi a coloro che fanno della certezza del diritto una sorta di precondizione della giuridicità, da cui derivano una serie di altri corollari; e a coloro che danno un primato, al tempo stesso logicamente trascendentale e a assiologicamente trascendente, a una delle versioni della giustizia). Considerazioni logicamente ancor più stringenti possono farsi con riguardo al «principio di effettività», poiché con la constatazione del fallimento di quel principio sembrerebbe cadere l'intero castello della giuridicità, nelle sue singole parti e nel suo insieme. Cfr., per una chiara sintesi, F. ROSELLI, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 23-32. Si tenga presente, inoltre, come, nel rifarsi alla famosa pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* (9 febbraio 2010; v. già nota 37), sia stato posto in chiaro risalto il fatto che in quella motivazione si proceda alla «ricostruzione del "minimo vitale"» in quanto «diritto fondamentale fondato sul "super principio" della dignità»: S. RODOTÀ, *Crescita e benessere*, cit., 8.

⁸⁹ I principi fondamentali del diritto sono indissociabili dai «principi fondamentali del processo». La forza di questo nesso è attestata dall'enfasi riformatrice che ha indotto a dare un rilievo testuale nella carta costituzionale al «giusto processo», pur nella riaffermazione di alcuni principi che già erano, e sono, vigenti nell'intero ordinamento (art. 111 cost., nel testo, molto analitico, che è successivo alla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2; per alcune informazioni essenziali, v., nella vastissima letteratura, E. ODORISIO, *Fonti e tecniche di attuazione del giusto processo civile*, in *Arch. giur.*, 2012, 5-21; in particolare, 5, nota 1).

15.3. *Effettivi e ideali. Tempi e spazi. Fondamenti, strumenti, finalità*

Spesso l'idealità dei principi già s'impone con una sua forza intrinseca.

Il vaglio dell'effettività non dissolve il principio, ma è un canone metodico indispensabile sul piano di una piena percezione cognitiva.

Considerazioni analoghe possono farsi per le coordinate temporali e spaziali: il significato non può astrarre dal radicamento – antico, rinnovato, senza precedenti – e dall'ambientazione in una «comunità epistemica» che abbia dato espressione a una forma di cultura giuridica.

Il concetto di principio rinvia alla nozione di un fondamento, ma non sempre si riduce a quella.

Vi sono principi in cui il profilo strumentale è valorizzato in quanto tale (si pensi al «principio di efficienza») e principi in cui il profilo finale è inscindibile da un postulato assiologico di base (si pensi al «principio di giustizia», quando sia configurato, per esempio, nei termini di un progetto di sviluppo pieno della personalità e di un superamento degli ostacoli che variamente lo limitino o lo impediscano: secondo quel che, notoriamente, si legge nell'art. 3, comma 2, della nostra Costituzione)⁹⁰.

15.4. *Dottrinali e giurisprudenziali*

Il nostro è un tempo di creazione di principi piuttosto che di costruzione di sistemi.

A questo compito si dedicano non soltanto i giuristi, ma anche i giudici supremi costituzionali e di legittimità: in un serrato confronto, che trova conferme – sempre più spesso – nelle dotte e lunghe motivazioni di alcune pronunce dei giudici di legittimità, che si sono subito poste al centro di un vivo confronto di opinioni⁹¹.

⁹⁰ I principi del diritto sono oggetto di un'analisi del linguaggio giuridico, di uno studio teorico e dogmatico, di un puntuale controllo in termini di diritto in azione. Il metodo gius-realistico è stato espressamente proposto e praticato, in particolare, da G. ALPA, *Una concezione realistica dei principi generali*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., 105.

⁹¹ F.D. BUSNELLI, *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, cit., 23: la Corte di cassazione, con ricorso esplicito o implicito al principio della ragionevolezza, ha accreditato «veri e propri "principi giurisprudenziali" destinati a sfidare, come "diritto vivente", il "diritto vigente"».

15.5. *Dentro e oltre la giuridicità*

Il richiamo all'etica è tornato in auge.

E mentre vivono tempi difficili molti codici tradizionali – e altri cercano di legittimarsi all'insegna di riforme che aspirano a rendere “moderni” i gloriosi impianti che si affermarono agli albori del diciannovesimo secolo e che cercarono di trovare nuove motivazioni soprattutto nella prima parte del secolo ventesimo – si moltiplicano, non senza intuibili ambiguità, i codici che si autoproclamano etici.

I principi hanno radici etiche innegabili; ma, se sono giuridici (in via diretta o in via mediata), non differiscono dalle regole che incorporino valori: sebbene possano coinvolgere la responsabilità costruttiva del giurista in una maniera, ovviamente, ben più sensibile⁹².

16. *Visioni d'insieme*

16.1. *Dall'indeterminatezza alla determinazione del diritto: giudizi opposti*

I principi aggravano l'indeterminatezza del diritto, destabilizzano le prestazioni giuridiche primarie, sono paradossalmente incompatibili con un superprincipio: il «principio della certezza», che mal si concilia con la vaghezza costitutiva del concetto medesimo di principio.

Tutto questo, e molto altro, si legge e si afferma, sia pure con intonazioni diverse, a seconda dei contesti conflittuali contingenti.

Nell'attualità il punto da discutere è – con sempre maggiore risalto – un altro.

Non si tratta di chiedersi se i principi siano responsabili dell'incertezza ovvero se siano veicolo di una necessaria riforma del diritto.

La proliferazione delle regole (e la loro formulazione prolissa, priva di coordinamenti, poco leggibile) riabilita i principi nel loro uso meno declamatorio: in quanto sintesi di una sapere tecnico che si unisce a taluni poli ideali, e al tempo stesso concretissimi, di riferimento.

⁹² La logica dei principi è stata sviluppata come «naturale risposta alle società policentriche, pluralistiche, conflittuali», lì dove «il diritto è chiamato a compiere scelte meno assolute o esclusive sul piano sostanziale, e ad articolarsi all'interno di coordinate costituzionali di principio, così da funzionare anche come fattore di “equilibrio”»: G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?*, cit., 62.

Indeterminatezza e determinazione del diritto coesistono, non senza momenti di grave precarietà reciproca; e i tragitti da percorrere non hanno una veste unica e precostituita in maniera assoluta, purché si mantenga ferma la necessaria distinzione a seconda che l'area interessata presupponga, con il rafforzamento di una costituzione rigida, una tassatività prescrittiva⁹³.

16.2. *Rischio di squilibri nella distribuzione e nel controllo dei poteri. Fattualità non occultabile*

Considerazioni analoghe possono farsi con riguardo alle censure nei confronti degli orientamenti dei giudici: nella cornice critica di un insolito quanto realistico riassetto delle tradizionali fonti del diritto.

Il richiamo allo stato di diritto e alla separazione fra potere legislativo e potere giudiziario non risolve il problema: questo nasce dalla convergenza di un contesto fattuale che è lontanissimo dai modelli illuministici e da un mutamento complessivo della cultura giuridica nel costante confronto con i problemi delle società di massa.

Si tratta spesso di controversie ingovernabili per tramite dei consueti riparti fra una responsabilità politica e una responsabilità giuridica di mera attuazione, poiché tante volte la prima latita e l'altra, per forza di cose, supplisce⁹⁴.

16.3. *Obsolescenza, estinzione, innovazione, progetto*

Lo studio dei principi del diritto costringe ai bilanci, che non hanno una precisione contabile sicura, ma che spesso danno conto in maniera efficace dell'aria dei tempi. Un'analisi poco meno che superficiale richiederebbe, di per sé sola, una trattazione separata.

⁹³ A titolo di esempio, con limitazione a un saggio non lontano negli anni, v. G. CONTE, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, in *Contr. impr.*, 2008, 113, 120.

⁹⁴ Si è affermato, senza mezzi termini, che gli orientamenti giurisprudenziali i quali costruiscono principi e su quelli fondano le decisioni finiscono con il mettere in discussione la certezza del diritto, quale «valore costituzionale correlato al principio della separazione dei poteri (tra legislatore e giudice), che è elemento essenziale della democrazia»: C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 27-38; in particolare, 37.

Qui si può soltanto segnalare l'insieme di sollecitazioni diverse che provocano il giurista dei nostri giorni.

Egli si avvede che alcuni principi si logorano fin quasi alla scomparsa e che altri si affermano talvolta con arroganza unilaterale.

Nel confronto con una vita personale di studio, quel che fu in auge è talvolta emarginato; e si annunciano innovazioni forti, sebbene non manchino le riscritture verbali di principi centrali che mai sono stati, in realtà, dimenticati o rimossi.

Il giurista è chiamato sempre più spesso a un serrato scambio di esperienze con il laboratorio di altri cultori che siano competenti nel diritto.

Il progetto si unisce alla formulazione tecnica del principio e della regola; chi fa il giurista di mestiere non può ignorarne la gestazione, nel senso di delegarne la responsabilità a un potere politico che, quand'anche sia impegnato, è spesso impegnato su fronti giuridicamente assai meno qualificati⁹⁵.

17. Opere aperte

17.1. Segni dei tempi

Con un'istintiva parafrasi di una celebre qualificazione della nostra età, quale «età dei diritti»⁹⁶, è legittimo chiedersi se la nostra sia – e anche in tal caso tanto nelle sue luci ideali quanto nelle sue ombre fattuali – l'«età dei principi del diritto».

Vi è chi subito direbbe, con intonazione polemica, che un elementare realismo induce a prendere atto di un solo fondamentalismo dell'epoca nostra: il fondamentalismo del mercato.

Proprio il metodo realistico dell'analisi dei principi dimostra tuttavia che, già in base alla lente del «principio di effettività» – os-

⁹⁵ Ha preso una posizione molto forte nel ravvisare una stretta interdipendenza fra il diritto contemporaneo e il primato universale e immutabile della ragione umana, secondo una linea di pensiero che ha il pregio di pronunciarsi, in una maniera trasparente e coerente, nei termini del "diritto naturale", F. GALGANO, *Democrazia politica e legge della ragione*, in *Contr. impr.*, 2007, 393 ss.; F. GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalizzazione del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, 177 ss. (si tratta di un'indicazione esemplare; ma gli orientamenti di pensiero che variamente si ispirano a prese di posizione in senso neogiusnaturalistico si sono moltiplicati nei tempi ultimi).

⁹⁶ Per una chiara affermazione del nesso che strettamente unisce la democrazia ai diritti, v. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, loc. cit.

sia del principio meno ideale di tutti – si debba respingere l’atteggiamento di chi ormai riduca il mondo del diritto a una descrizione imperniata su di un solo fattore.

Di per sé falsa, quella descrizione è ancor più tale se sia automaticamente trasposta sul piano delle valutazioni, nella forma delle interpretazioni e delle costruzioni dei giudici e dei giuristi⁹⁷.

17.2. *Continuazione delle ricerche fra comparti generali e divisioni operative*

A questo punto, si apre finalmente lo scenario che vede i giuristi all’opera.

I principi generali sono elaborati in un costante confronto con i principi dei comparti del diritto⁹⁸.

Nel caso di chi si occupa, per esempio, del diritto privato e civile, questo è il campo su cui si dovrebbe ancora dire qualcosa; ma si renderebbe necessaria un’analisi distinta e articolata, comunque incompleta.

Si andrebbe comunque ben oltre i limiti di un discorso che si sia proposto di rispettare i confini di una premessa introduttiva: sicché alle domande più elementari si sono fin qui aggiunti solamente alcuni sintetici tentativi di risposta⁹⁹.

Le riflessioni che seguono non dovrebbero contraddire quest’intento, poiché sono – a ben vedere – altrettanti *tests* di carattere

⁹⁷ Alla celebre definizione del nostro tempo come l’«età dei diritti» (N. BOBBIO, N., *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990; 3ª ed., 1997) è ben presto subentrata l’immagine di un tempo del diritto postmoderno quale «età del mercato», nella cornice di una «globalizzazione senza regole», ove i diritti individuali della persona, si moltiplicherebbero «senza limiti né gerarchie di valori», in una linea di sostanziale riaffermazione della proprietà privata quale diritto di natura e, dunque, in continuità con la «concreta affermazione storica del capitalismo, della società borghese, della mercificazione di tutti i beni»: C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice*, cit., 38. Approfondimenti critici non mancano nel quadro di una già ricca letteratura. Per esempio: L. BACCELLI, *Una rivoluzione copernicana: Norberto Bobbio e i diritti*, in *Jura gentium*, 2009, 1 ss. (consultabile on line - www.juragentium.org); A. SCHIAVELLO, *La fine dell’età dei diritti*, in *Etica e politica*, XV, 2013, 120-145.

⁹⁸ Si rinvia agli approfondimenti già da altri compiuti con l’ausilio di una documentazione aggiornata: G. ALPA, *CESL, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, cit., 147 ss.

⁹⁹ Per esempio, su taluni orientamenti del diritto contrattuale francese, cfr. ancora, in sintesi, D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all’orizzonte!*, loc. cit.

strettamente esemplificativo: dai quali, in maniera soltanto indiretta, forse incomincia a scorgersi anche un orizzonte tempestoso eppur aperto nella direzione di sviluppi futuri¹⁰⁰.

18. *Mitologie dialogiche ireniche e lotte nel mondo per il diritto (a proposito di un caso clamoroso di conflitto delle Corti autorevoli, nazionali e internazionali, fra diritti e "ragion di Stato")*

In una cornice che include una pluralità di ordinamenti i principi non sempre riescono a comunicare con esiti non conflittuali in una sorta di dialogo irenico affidato ai giudici di sistemi del diritto che si confrontano.

I proclami in senso contrario sono ai confini fra l'irrealismo, il mito e l'idealità della pace universale.

La ricorrente lotta per il diritto, ben oltre l'aura che le conferì Jhering al tempo degli Stati nazionali e del diritto che in quelli s'insediava, ormai assume molto spesso il volto di una lotta di principi e di diritti ascrivibili a concorrenti identità sistemiche.

C'è una sequenza – di decisioni prese da Corti autorevoli e di merito, in tempi e in spazi diversi, con ripercussioni sull'intervento del legislatore, e sulle prese di posizione di giuristi competenti in settori distinti (internazionale, costituzionale, penale, civile, processuale) – la quale ben si presta a riassumere, in tal senso, la mobilità del diritto, la tensione con la forza dei fatti, l'impressione che le questioni di principio tornino a proporsi, proprio lì dove si pensava che in qualche modo – sia pure inappagante – fosse stata idealmente apposta su di loro la faticosa parola "fine".

In maniera schematica si possono rammentarne i punti e le fasi salienti, già a tutti ben più noti nei loro dettagli, non meno che nei loro multiformi protagonisti.

Si sarà capito che il riferimento è all'ormai celebre «caso Ferrini».

1) La Germania è condannata a risarcire i crimini di guerra, poiché in tali ipotesi non si applicherebbe la norma consuetudinaria ge-

¹⁰⁰ Sull'esigenza di ripensare l'intera area dei contratti di rilievo sociale e di lunga durata (quando siano strettamente inerenti ai primari bisogni di vita delle persone): AA.VV., *Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, loc. cit.

nerale che, nel diritto internazionale, conferisce immunità – dalla giurisdizione civile – agli Stati che abbiano agito con sovrana potestà d'imperio¹⁰¹.

2) La Germania ricorre, allora, alla Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja che, nel 2012, impone a grande maggioranza all'Italia di rispettare la norma internazionale immunitaria, pur auspicando che le vittime siano risarcite per tramite di un accordo con la Germania¹⁰².

3) Il legislatore italiano, nel 2013, si adegua al vincolo imposto dalla Corte¹⁰³.

4) All'inizio del 2014, i giudici di legittimità, in seduta plenaria, obbediscono dissentendo, poiché fanno capire di non aver cambiato idea in merito alle decisioni già prese e ormai vane¹⁰⁴.

A tal punto, vi è chi pensa – fra i giuristi, peraltro non unanimi – che sul dramma giuridico e sui suoi tanti protagonisti sia calato il sipario. Non è così.

5) Un giudice di merito, sempre nel 2014, solleva un'eccezione d'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha ottemperato al *dictum* della Corte dell'Aja¹⁰⁵.

6) Il 22 ottobre 2014, con la decisione n. 238, redatta dal presidente Tesauro, la legge n. 5 del 2013 è dichiarata incostituzionale, insieme con le disposizioni, interferenti con i punti del conflitto, delle leggi di ratifica dei vincoli internazionali¹⁰⁶.

Ci sono, in tal caso, principi costituzionali supremi (artt. 2 e 24) i quali – in virtù della notissima teoria che è detta dei «controlimiti» – reclamano una forma di tutela giuridica; e impediscono che nella costituzione penetrino – nonostante la lealtà agli artt. 10 e 11 della stessa costituzione – norme generali internazionali incompatibili.

Fra il principio umanitario universale e il principio immunitario statale il primo preclude l'accesso al secondo.

¹⁰¹ Cass., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5044, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania* 2004 (caso *Ferrini*).

¹⁰² Corte Internazionale di Giustizia (CIG), 3 febbraio 2012.

¹⁰³ Art. 3, l. 14 gennaio 2013, n. 5.

¹⁰⁴ Cass., sez. un., 21 gennaio 2014, n. 1136, *Repubblica Federale di Germania c. Ferrini e altri*.

¹⁰⁵ Trib. Firenze, ord., 21 gennaio 2014.

¹⁰⁶ Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, *Pres. e rel. Tesauro*.

Il fatto che la Corte Internazionale di Giustizia, abbia dato prevalenza – nella sua dubbia interpretazione dell’ordinamento internazionale – al principio immunitario statale non priva la Corte costituzionale nazionale della potestà di decidere in senso contrario.

I nostri giudici, fra l’altro, hanno avuto ben presente quel che fu deciso dalla Corte di Giustizia Europea – con grande rilievo nella letteratura giuridica – nell’ormai celebre «caso Kadi». In prima istanza, non si dette ascolto, com’è risaputo, alle ragioni del sig. Kadi, cittadino europeo, il cui nome era stato inserito, arbitrariamente, in un elenco delle Nazioni Unite quale persona sospetta di finanziare il terrorismo internazionale. Leale nei confronti del Consiglio di Sicurezza, il Consiglio Europeo prese gravi misure restrittive nei confronti del sig. Kadi, il quale – nella mancanza di una tutela giurisdizionale nei confronti delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite – si chiese, invano, se almeno ci fosse per lui un giudice in Europa: si sentì rispondere che il diritto europeo è gerarchicamente subordinato al diritto internazionale.

Non fu, per sua fortuna, la risposta definitiva. La Grande Camera della Corte Europea di Giustizia annullò i regolamenti ingiusti e proclamò che «deve prevalere il diritto internazionale generale fintanto che questo assicura una tutela pari a quella europea dei diritti fondamentali, altrimenti deve prevalere il principio costituzionale comune europeo – e lo *standard* ivi raggiunto della tutela dei diritti fondamentali». Kadi trovò, dunque, il suo giudice¹⁰⁷.

Anche alle vittime civili dei crimini di guerra è stato riconosciuto il diritto di avere giustizia.

Tutti i problemi sono, dunque, risolti?

La risposta – assai poco giuridica – sul possibile futuro dei risarcimenti sposta il discorso sul piano bruto dei fatti: dei rapporti di forza; dei bilanci degli Stati; del primato della *Realpolitik*; oppure, se si preferisce, di una «ragione» pseudo-giuridica che per definizione sia rivendicata – in quanto “sua” – dallo Stato: il quale si trovi esposto a subire, a catena, una serie di onerose condanne civili.

Una «ragion di Stato» è sempre in agguato, quasi a richiamare alla mente un’arcaica, quanto tenace, visione del diritto.

¹⁰⁷ Corte di Giustizia dell’Unione Europea, 30 settembre 2010, Yassin Abdullah Kadi/Commissione Europea, Consiglio dell’Unione Europea, Repubblica Francese, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

Sta di fatto che una risposta giuridica non può appagarsi – anche e soprattutto nella temperie di un diritto che ormai ha i confini del mondo – di un'affermazione solenne; ma, per tradursi nella pratica, una volta che sia escluso il conflitto armato, esige – come ha suggerito, del resto, la stessa Corte dell'Aja – che la difesa del principio non sia del tutto sterile, bensì legittimi – con la forza che al medesimo principio è immanente – una regolamentazione concordata “secondo ragione”.

Le pretese dei cittadini e le ragioni dei sistemi non statali e statali culminano in un confronto polemico, lì dove ogni contendente si proclama vincitore giuridico, ma l'ultima parola effettiva non è mai detta, poiché il fattore «terzo» – che si assume decisivo – non c'è.

Manca un giudice che si legittimi in base a una norma giuridica superiore: dominante è pur sempre il richiamo a un principio a cui l'un giudice autorevole attribuisce un primato contro l'altro giudice non meno autorevole che quel primato nega.

Il dialogo non è irenico, dunque, ma è polemico; e non garantisce che il «principio dei principi» (quel celebre «ci sarà pure un giudice» che soddisfa il «principio dell'effettività della tutela») non resti sospeso in un solenne vuoto.

Si possono ancora immaginare solamente due sbocchi secondo diritto:

a) un'improbabile, e comunque non auspicabile, prosecuzione della guerra degli argomenti sul piano non meno bellico della sanzione esecutiva giuridicamente regolata sullo sfondo del diritto internazionale;

b) un accordo giuridico convenzionale, di contenuto transattivo, fra ordinamenti (nel «caso Ferrini»: internazionale, tedesco, italiano) che a tal punto si rendano disponibili a non fare di un'anacronistica «ragion di Stato» una sorta d'idolo assoluto.

L'ipotesi (*b*) parrebbe la più vicina al concetto del diritto come modalità di un'autoregolamentazione vincolante di rapporti altrimenti anomici o destinati a trascinarsi in una perdurante quanto sterile conflittualità.

La forma giuridica contrattuale assumerebbe, in tal caso, la fattualità e la validità risolutiva a cui, dopo le finzioni del giusrazionalismo, fu assegnato – e non poche derivazioni contemporanee continuano ad assegnare, seppure per vie diverse – un centrale rilievo positivo, oltre che un ruolo paradigmatico e insieme pragmatico.

Eppure anche la forma contrattuale non sarebbe in grado di cancellare quei principi giuridici sui quali non si possano ammettere transazioni; e si candiderebbe alla nullità se li calpestasse in maniera assoluta.

Sta di fatto che fra i due orizzonti del riconoscimento reciproco di un'auto-regolamentazione concordata e del primato dei diritti umani universali si pone pur sempre l'unica soluzione a cui possa darsi una minima identità giuridica.

Può darsi – anzi è molto probabile – che continuino, nondimeno, a prevalere realisticamente altre risposte.

Saranno, allora, vie d'uscita che, a ben vedere, sono estranee all'orizzonte del diritto; estranee, qui, alla presa di quei principi che pur sempre al campo di forze del diritto sono riferibili, in quanto pretendano di non confondersi con altri campi di forze: di tutt'altra, ancorché di fatto prevalente, natura (sia, essa, esclusivamente morale, economica, politica; e via dicendo).

Sul piano dei conflitti non si perviene a una qualche composizione finale, tuttavia, se dei principi incompatibili si presupponga l'assoluta indisponibilità.

La decisione, pur necessaria, comporta in tal caso una scelta che muti l'effettività in una qualificazione giuridica esclusiva, la quale, a ben vedere, alla fine – non in termini di principio ma in termini fattuali – è imperniata proprio sul paradigma meno convincente, ossia sulla ragion di Stato, spesso intrecciata con altre ragioni pratiche forti di natura economica e di natura politica (oppure, se si vuole, pone a confronto la pretesa sovranità di chi ha il potere di decidere in una contingenza eccezionale) piuttosto che sulla ragione valutativa che è compresa nel contesto di una più persuasiva coerenza giuridica.

In maniera che può ben dirsi emblematica, proprio questo è quel che è accaduto – non senza gravi tensioni e contraddizioni – nel «caso Ferrini», poiché un principio che si assume come generalmente riconosciuto dal diritto internazionale consuetudinario (con riguardo all'immunità degli Stati sovrani – i quali abbiano agito, come suole dirsi, *iure imperii* – dall'ingerenza delle giurisdizioni civili nazionali) è entrato in rotta di collisione con un principio del diritto umanitario internazionale: con la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e con le pretese delle vittime o degli eredi dei crimini di

guerra (artt. 10, comma 1, cost. e 11, nel rapporto con l'art. 2 Cost.)¹⁰⁸.

In questa linea acquista un'evidenza drammatica l'istanza diretta a individuare un paradigma giuridico unitario che trascenda le frammentazioni degli ordinamenti e che tuttavia si distingua sia da una norma fondamentale soltanto ipotetica sia da una presa d'atto dei rapporti di forza, pur senza ridursi alla proclamazione di un valore metagiuridico¹⁰⁹.

Questa determinazione è pur sempre giuridica, poiché costituisce, ogni volta, il risultato di una teoria e di una pratica collettive, quali tratti che identificano la materia e la forma di quella complessa processualità che dà identità al diritto e che, nella storia del diritto, corrisponde alla nozione – familiare soprattutto alla cultura anglosassone – di *rule of law*¹¹⁰.

Non ci si può nascondere, tuttavia, che, nel passato, fatto e diritto cercavano soprattutto di ricomporsi, in una maniera che restava cruenta, nella “giuridicizzazione” della guerra e nella pur dura accettazione dei suoi esiti.

Al giorno d'oggi, lo strumento internazionale – che dovrebbe consentire di superare gli ostacoli in apparenza insormontabili – dovrebbe dare il primato (quand'anche l'approdo incruento coesista, come continua ad accadere, con l'uso della forza militare) – alle figure, pur sempre strutturalmente giuridiche, a cui si è accennato in premessa: il patto-convenzione (la quale richiama di per sé – si diceva – l'istituto carico di storia giuridica dell'accordo contrattuale) e dell'arbitrato.

Non vi è dubbio, inoltre, che, se si fosse affermata (o, comunque, se si potesse dimostrare) la vigenza, anche sul piano mondiale,

¹⁰⁸ Per i riferimenti essenziali si rinvia alle note precedenti.

¹⁰⁹ Ci si può chiedere – nel trarre spunto dalle ultime riflessioni di Carl Schmitt (C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 1991, 15, 227-229; C. SCHMITT, *Terra e mare*, Adelphi, Milano, 2002) – «se il nuovo *nomos* dell'ordine giuridico mondiale (caotico ma non anomico) non sia caratterizzato proprio da un eccesso di diritto, da una ridondanza cibernetica di informazioni giuridiche, da un pluralismo giurisdizionale reticolare, in una parola, dall'anarchia» (che è da intendere – in tal caso – come una forma della giuridicità): A. VESPAZIANI, *Il nomos dell'anarchia europea*, in AA.VV., *Poteri fluttuanti. Forme dell'anarchia contemporanea*, a cura di F. Monceri, ETS, Pisa, 2011, 151-165; in particolare, 157.

¹¹⁰ G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità gobale? Il rule of law e la governance del mondo*, loc. cit.

di un paradigma costituzionale rigido, nessuna norma immunitaria tradizionale e particolare, la quale conferisca un privilegio illimitato agli Stati e al loro «imperio», nei confronti delle giurisdizioni civili delle vittime dei crimini di guerra, potrebbe prevalere su di un principio umanitario universale, che proprio il diritto internazionale ha proclamato.

La pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia, la quale andasse in contrario avviso, potrebbe essere tacciata, in tal senso, d'illegittimità.

E su tale illegittimità potrebbero pronunciarsi in maniera diffusa le Corti costituzionali, pur in mancanza di un'unica e suprema Corte costituzionale internazionale¹¹¹.

Certo è che, sullo sfondo mondiale, la lotta dei principi diventa la sfida più grave per chi cerchi di orientarsi nell'analisi dell'incertezza del diritto contemporaneo e non eluda il problema di fornire plausibili risposte.

In maniera coerente con la positività normativa dei principi del diritto, l'unica risposta concepibile può nascere da un concorso della tradizione della *Rule of Law* con il paradigma del garantismo costituzionale rigido; e con la sua progressiva e condivisa universalizzazione. Sebbene si tratti realisticamente di un percorso accidentato e certamente tutt'altro che irenico, sembra ben più praticabile dell'ideale della pace perpetua sotto il controllo di un governo mondiale o di una potenza egemone.

Non possono mai chiudersi – a parere di chi scrive – le vie di un ritorno al diritto, purché non si confonda l'itinerario di un presente aperto al futuro né con un neo-giusnaturalismo anacronistico e vago né con un accostamento impressionistico e riduttivo a scenari anonimi e genericamente anarchici. Si tratterebbe di strade ancor più senza uscita: incompatibili – a ben vedere – con la fitta e mobile rete di normazioni eterogenee e concorrenti che si originano nella complessità multiforme dei sistemi; e che ci invitano, per forza di cose, a un confronto di argomenti¹¹².

¹¹¹ L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, cit., 24-25 e 181-194.

¹¹² Su questi temi si è espresso tante volte – con forza e con coerenza – che non ha mai smesso di rammentarci l'esigenza di un «recupero del diritto», della sua storia e della storia del pensiero giuridico. Per esempio: P. GROSSI, *Società, diritto, Stato - Un re-*

Ancor più lontane da un discorso giuridico sono le affabulazioni babeliche¹¹³: quale che sia l'efficacia icastica delle tante narrazioni¹¹⁴.

cupero per il diritto, Giuffrè, Milano, 2006; P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012. Un'aperta condivisione nei confronti dell'«avanzare del diritto per principi», nel primato del «principio di effettività della tutela» e in una linea che pone l'accento sul farsi processuale di un diritto che si modella sui «rimedi» – in conformità a una linea di pensiero che è ormai ricca di molti titoli nei confronti dei quali il rinvio è necessariamente qui implicito – G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività della tutela. Una premessa*, in *Persona e mercato*, 2014, 101 ss. (www.personaemercato.it).

¹¹³ S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Donzelli, Roma, 2009.

¹¹⁴ Quel che rende inquietante il discorso giuridico contemporaneo è proprio la tendenza a perdersi nei molteplici racconti – *Law and Literature* è una locuzione che si fa, dunque, sempre più attraente – e a dirla e a ridirla, «piuttosto che offrire una sistemazione ... al conflitto delle norme implicate» (qualcosa di simile alla «condizione descritta da Kafka ...: una serie di discorsi intorno al potere ultimo, che rimane inaccessibile nella sua inintelligibilità»: A. VESPAZIANI, *Il nomos dell'anarchia europea*, cit., 163). Eppure il mestiere di giurista non è pensabile senza una costruzione della trama ragionata di quel «diritto come discorso» (un discorso fitto di argomenti ora più forti e ora più labili; non già, dunque, un incubo provocato da voci antinomiche) che compare fin dalla prima nota: A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica, P. Zatti, loc. cit. Assume un risalto molto netto, dunque, la pluralità di voci che compongono quel discorso senza mai soffocarlo del tutto: lo spostamento di accenti dall'una all'altra parola-chiave; la difficoltà di dare un ordine ai modelli linguistici che hanno usato in maniera insolita il lemma «fonti del diritto». Cfr., per esempio: con riguardo al vocabolo «potere», G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009; con riguardo alla perdita dell'ordine consueto: G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 480 ss.

Riflessioni aperte sulle origini e sul ruolo dei principi nell'esperienza giuridica

Augusto Cerri

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sulla delimitazione del tema. – 1.2. Le qualità giuridiche di ciò che nel linguaggio tecnico viene designato con il termine “principio”. – 1.3. La categoria distinta ma non sempre estranea delle norme programmatiche. – 1.4. La capacità espansiva della norma che qualifichiamo come principio. – 2. Considerazioni sulle origini del principio. – 2.1. Il principio come fattore trasversale nel sistema delle fonti. – 2.2. La dimensione non scritta del principio. – 3. Il fattore di utilità, il fattore di giustizia nell'esperienza giuridica, la dimensione concettuale. – 3.1. Il principio come ragione più generale - argomentazione induttiva. – 3.2. Il principio come ragione più forte - gradazione fra principi. – 3.3. Argomentazione abduttiva in tema di principi e ricerca delle conferme - argomentazione deduttiva e sue possibili modalità. – 4. Bilanciamento e perduranza nel tempo dei principi.

1. *Considerazioni preliminari sulla delimitazione del tema*

La problematica da affrontare presuppone una qualche preliminare precisazione su cosa è questa entità giuridica che noi chiamiamo principio e qual è il rilievo particolare che la connota.

1.2. *Le qualità giuridiche di ciò che nel linguaggio tecnico viene designato con il termine “principio”*

A mio sommo avviso occorre, in un tema così delicato, evitare controversie inutili, quali possono essere quelle puramente nominali. La parola principio viene comunemente impiegata (dal legislatore positivo, nella giurisprudenza e nella dottrina) in non pochi contesti non solo di diritto costituzionale: principio di democrazia, principio di eguaglianza, principio di legalità, principio di imparzialità, principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni o fra Regioni, principio di tutela dell'affidamento (nei rapporti interprivati, nei rapporti tra privato ed amministrazione, nei rapporti fin anche fra soggetto di diritto e legislatore), principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, (richiamati dall'art. 38 dello Statuto della PICJ, prima, e della International Court of Justice (ICJ) ora, principi costituzionali comuni alle nazioni europee (art. 6 TUE e, prima an-

cora, giurisprudenza della ECJ), principi di diritto amministrativo degli Stati europei (nella giurisprudenza della ECJ), principio di certezza del diritto, principi e criteri direttivi della legge di delega, principi della materia nelle competenze regionali ripartite, principi generali dell'ordinamento come limite alle competenze esclusive della Regioni a statuto speciale, norme fondamentali di riforma economico-sociale, principi generali dell'ordinamento dello Stato (art. 12, comma 2, preleggi; o del diritto: art. 1, c.c. del 1865), principio di responsabilità per fatto illecito, principio di salvaguardia del giudicato nella giustizia sovranazionale ed internazionale (sempre ribadito, anche se inteso in senso restrittivo, in conseguenza degli stretti criteri impiegati per delimitare l'azione in questo contesto), principio che vieta due giudizi penali sul medesimo fatto (*ne bis in idem*), in genere applicato anche oltre i trattati che lo prevedono, etc.

L'elenco è stato fin troppo lungo per la pazienza del lettore; ma è fin troppo breve rispetto all'effettivo impiego di questo termine pur così impegnativo. Del resto un censimento più completo dei principi del diritto fa parte degli impegni di questo convegno. Questo censimento non potrà che confermare l'assoluta provvisorietà e limitatezza degli esempi fatti.

Questi esempi ci consentono, peraltro, una prima delimitazione del problema. Il principio è, assai di frequente, una norma giuridica, suscettibile anche di immediata applicazione. Risparmio al lettore l'elenco enorme delle questioni decise alla stregua del principio di eguaglianza (*last resort*, diceva il giudice Holmes, in ogni censura della legge) o l'elenco più modesto ma certo non inconsistente di questioni risolte alla stregua del principio di imparzialità, etc. È poi ben noto come, nei rapporti fra Stato e Regioni, il principio abbia assunto un rilievo preminente (principio dell'ordinamento, principio della materia, norma fondamentale di riforma economico-sociale, etc.), almeno fino alla riforma del 2001, dopo la quale le categorie fondamentali nel riparto di competenze sono divenute altre (trasversalità della competenza, chiamata in sussidiarietà, etc.), senza, peraltro, cancellare il rilievo della categoria in esame, che si conferma, fra l'altro, nel ben noto principio di leale collaborazione.

I principi sono in non pochi casi una entità normativa così cogente che non solo può essere assunta come parametro di giudizio e di decisione ma può essere anche oggetto di impugnativa immediata:

risparmio i molti esempi di impugnazione in via principale di una legge – quadro in tema di competenze regionali o di impugnazione (in via principale o incidentale) di una legge di delega legislativa, di leggi, dunque, che fissano, in vari contesti ed a vari scopi, principi. L'impugnazione immediata si ammette ove comportino diretta lesione di posizioni giuridiche protette (competenze, nel primo caso, diritti, interessi tutelati, nel secondo), purché sussista, in sostanza, un attuale interesse ad agire o un'attuale rilevanza (che dell'interesse ad agire, in qualche modo, tien luogo).

Le conseguenze accennate mi sembrano indice sicuro dell'estrema capacità di penetrazione immediata di norme che pur sono di principio, nella qualificazione testuale medesima, oltre che nella comune opinione degli operatori giuridici (ricordo, ad es., Carlo Amirante).

1.3. *La categoria distinta ma non sempre estranea delle norme programmatiche*

Accanto alla problematica dei principi è quella delle norme programmatiche, che si qualificano in base ad un diverso criterio di classificazione. La norma programmatica è tale per il fatto di esser misurata sullo scopo anziché sulla descrizione di un fatto tipico (fattispecie: *species facti*) cui dovrà applicarsi (*zielbezogene* e non *sachbezogene Norm*). La norma programmatica è, appunto, come è stato detto (Bin), norma senza fattispecie.

La norma programmatica ha, dunque, una struttura effettivamente diversa da quella delle restanti norme giuridiche.

Ai nostri fini è da osservare, intanto, che una norma programmatica può essere di diverso livello: di livello costituzionale; di livello sovranazionale, di livello legislativo; di livello sub legislativo, etc.

Sulle norme programmatiche di livello costituzionale, risparmio al lettore la citazione del classico studio del Crisafulli che ne ha mostrato gli effetti nel sindacato di costituzionalità e nell'interpretazione. Le successive riflessioni del Silvestri hanno posto in luce un elemento di irreversibilità inerente all'attuazione di quel che queste norme dispongono.

Per quel che riguarda le norme programmatiche di livello sovranazionale ricordo le direttive UE.

Per quel che riguarda le norme programmatiche di livello legislativo, ricordo i criteri direttivi della legge di delega, da distinguere, secondo una ben nota dottrina (A. Cervati), dai principi contestualmente previsti.

Per quel che riguarda le norme programmatiche di livello sub legislativo ricordo i programmi che, annualmente, il Ministro prescrive alle strutture amministrative del suo dicastero.

La norma programmatica si distingue dal principio perché, in linea di massima, non è idonea a risolvere, in via immediata e da sola, una controversia giuridica: se ciò potesse fare sarebbe, allora, un principio completamente definito.

La risalente giurisprudenza della Corte europea sulle condizioni di risarcibilità, ad es., dei danni conseguenti alla inattuazione di una direttiva, chiarisce come almeno alcune direttive, ma non tutte, siano idonee a fondare in via immediata un diritto soggettivo.

La più recente giurisprudenza della medesima Corte secondo cui la direttiva può dispiegare effetti orizzontali quando svolge un principio già contenuto nei trattati (sentenza Mangkold, sentenza Kukudeveci), mostra, appunto, come norma di scopo e norma di principio restino categorie distinte, che possono, tuttavia, interagire fra loro.

Sembrerebbe, allora, si possa ipotizzare che i due insiemi (norme di principio completamente definite e norme programmatiche) in qualche modo si intersechino. Esistono norme che sono di principio senza essere programmatiche e norme che sono programmatiche, senza essere di principio. Ma esistono anche norme che sono, insieme, di principio e programmatiche.

In quest'ultimo caso, allora, la norma promette qualcosa (e, per questo profilo, è programmatica) ma anche attribuisce immediatamente qualcos'altro (e, sotto questo diverso profilo è una norma dotata di fattispecie suscettibile anche di integrare un principio).

1.4. *La capacità espansiva della norma che qualificiamo come principio*

Veniamo ora alla seconda precisazione preliminare.

Il principio è una norma giuridica che si connota, rispetto alle altre norme, per una capacità espansiva superiore. Ciò, come vedremo, deve andare d'accordo con il valore formale degli atti che pongono le norme o, quanto meno, non deve creare stridenti disaccordi.

Ma, intanto, cerchiamo di precisare alcuni modi nei quali si manifesta questa maggiore espansività.

Quando una disposizione esprime un principio, l'interpretazione risale con estrema radicalità non solo alla *ratio*, ma ai presupposti, alle premesse da cui la norma così espressa trae ragione; si risale, oltre la *ratio*, alla sua radice (a volte, quasi di filosofia politica); ed, allora poi se ne desumono anche conseguenze (corollari) più vasti.

Come per attingere un orizzonte più ampio, è necessario salire più in alto, così anche, nel diritto e (non solo in questo), solo un sapere più profondo consente di ricomprendere un più vasto insieme di cose. Certo, non ogni disposizione/norma consente una ricerca così profonda, perché non poche disposizioni che nascono, invece, da ragioni occasionali, sono prive del necessario spessore. Il principio è, appunto, una norma di spessore particolare.

Una disposizione può essere interpretata in un senso più ampio o più ristretto: la disposizione che esprime un principio sarà sempre interpretata nel senso più ampio.

L'analogia, talvolta, può presentare margini di indeterminazione, perché, ad es., la fattispecie B può essere assimilata per alcuni profili alla fattispecie A e, per altri, alla fattispecie C. Se A esprime un principio finirà inevitabilmente con il prevalere. Richiamo i miei studi sull'eguaglianza.

Il campo di applicazione di due norme può intersecarsi; oppure il campo di applicazione di una norma può essere incluso in quello di un'altra, cui reca deroga per il principio di specialità (quando entrambe le norme sono in vigore e nessuna di esse ha abrogato l'altra: il che avviene immancabilmente quando entrambe sono contenute nel medesimo testo ma anche in altre ipotesi).

Nell'area comune di intersezione sarà la norma che esprime un principio a prevalere.

In ipotesi di deroga, ove le disposizioni siano contenute nel medesimo testo, la norma speciale dovrà, comunque, essere applicata a preferenza della norma generale: ma se quella generale esprime un principio la norma speciale sarà interpretata in modo restrittivo e viceversa (e con ciò veniamo a toccare il tema, pur controverso, dell'estensione delle norme derogatorie se non eccezionali).

Non pochi storici del diritto hanno documentato il progressivo estendersi di norme in origine derogatorie, travolgendo rigidi steccati definitivi.

Massimo Severo Giannini, in uno studio sull'interpretazione delle leggi tributarie (del 1941), richiamava le "cause favorabili" del diritto canonico, ad illustrare la difficile comprimibilità di un valore espansivo.

2. *Considerazioni sulle origini del principio*

Si tratta ora di stabilire come e perché alcune norme sono da qualificare come principio ed assumano, allora, carattere espansivo.

2.1. *Il principio come fattore trasversale nel sistema delle fonti*

Dagli esempi fatti sembrerebbe emergere che il principio non è di necessità una norma formalmente costituzionale e neppure è necessariamente una norma scritta.

Abbiamo accennato, appunto, al principio di buona fede ed affidamento nei rapporti interprivati, che ha preceduto le analoghe elaborazioni nel diritto amministrativo ed, in tempi più recenti, è penetrato fin anche nel diritto costituzionale. La dottrina inglese (paese ove difetta, addirittura, una costituzione scritta e rigida) delle *legitimate expectations*, elaborata sul finire degli anni '60, ha preceduto le elaborazioni analoghe della Corte europea. Il principio di proporzionalità (*Verhältnismässigkeit*) è nato nella giurisprudenza amministrativa tedesca ben prima di essere trasportato, dapprima, nella giurisprudenza costituzionale del *Bundesverfassungsgericht* e poi anche nel diritto europeo. Si tratta di principio sovente invocato dalla nostra stessa Corte costituzionale e dai nostri giudici amministrativi.

E, d'altra parte, non tutte le norme formalmente costituzionali esprimono un principio.

La lettura di alcune disposizioni costituzionali provoca di per sé una tensione emotiva, che potrebbe anche essere sottolineata con una recitazione opportuna; ciò non è, ovviamente, per tutte. Già questo è un indicatore che sospinge ad andare oltre il valore formale dell'atto.

La nostra Corte afferma principi supremi del nostro ordinamento che prevalgono su altre previsioni costituzionali e si pongono come limite fin anche al potere di revisione: ma a questi fini valorizza fino ad un certo punto l'autoqualificazione testuale (diritti inviolabili, doveri inderogabili, principi fondamentali): sovrapponendo a

queste espressioni, il cui valore non nega, una lettura sistematica del testo costituzionale. I diritti inviolabili sono certamente ricompresi nella categoria dei principi supremi; ma la Corte è meno esplicita sui doveri inderogabili e la categoria dei diritti fondamentali (i primi dodici articoli del testo) risulta fortemente svalutata.

Lo *ius cogens* nel diritto internazionale è una norma consuetudinaria; ma, a differenza della altre norme consuetudinarie, non è derogabile, *inter partes*, mediante trattati. Ancora una volta, il valore formale della fonte non spiega quello sostanziale della norma.

I principi, come è stato osservato (Bartole), introducono una sorta di gerarchia materiale accanto a quella formale.

2.2. *La dimensione non scritta del principio*

Risulta, ancora, che i principi a volte sono consacrati in una disposizione scritta, altre volte non risultano esplicitamente statuiti. Già abbiamo accennato ai principi di buona fede, affidamento, tutela delle *legitimate expectations*, di proporzionalità nell'adozione di misure restrittive, etc., accennando anche alla storia (breve o lunga) che ha preceduto il riconoscimento per legge.

Il principio di imparzialità preesiste di certo alla Costituzione, perché è connaturato a qualsiasi regime che non sia dispotico (ricordo Vittorio Colorni sull'eguaglianza) e quello di buon andamento è talmente ovvio (non nelle sue ricadute, ma nel suo essere medesimo) da risultare quasi tautologico. Eppure la circostanza che la Costituzione abbia previsto questi principi non è priva di effetti, come non è priva di effetti la circostanza che un diritto alla buona amministrazione sia riconosciuto dall'art. 41 della Carta di Nizza, perché ha attivato energie giurisprudenziali, dottrinali, legislative sul tema.

Non si è trattato di meccanica e scontata interpretazione/applicazione della disposizioni costituzionali ma di un processo complessivo di cui la Costituzione è stata parte importante ma non esclusiva. I principi di imparzialità e buon andamento e le loro ricadute assai ricche sono frutto di una riflessione collettiva sul modo profondo di essere di un sistema costituzionale complessivo e su tutte le sue possibili conseguenze.

Le distinzioni fra *ius scriptum* e *ius non scriptum*, come anche quelle che attengono al rilievo formale dell'atto mostrano, nella riflessione sui principi, i loro limiti.

Da questo punto di vista, mi sembra, dunque, debba esser condivisa la tesi del Modugno (da cui altri ha dissentito), quando afferma che nel principio, anche se enunciato come tale in un testo legislativo, esiste inevitabilmente una dimensione non scritta. Perché il testo enuncia una disposizione ed, attraverso di essa, una norma, ma poi non dice e non può dire le ragioni fondamentali che la sostengono.

Ed anche se qualifica la norma come principio, il reale difetto di queste ragioni non può non rifluire sull'efficacia di quanto statuito. Se poi davvero quel che dispone non risponde a ragioni di principio, l'interprete sarà timido nel riferire a questa disposizione il conseguente statuto privilegiato; mentre questo statuto sarà profuso senza risparmio in favore di una norma che queste ragioni realmente esprime, anche senza dichiararle. Ed, ancora, non pochi principi si sono affermati come tali al di fuori di un collegamento con una preesistente statuizione legislativa.

Il valore formale dell'atto diviene assorbente solo quando non rileva davvero la natura di principio di quel che dispone. La legge di delega legislativa deve fissare i principi e criteri direttivi cui dovrà uniformarsi il decreto delegato (il discorso vale, ovviamente, anche per una legge che autorizza un regolamento delegato, fissando i principi generali della materia, ai sensi dell'art. 17, L. n. 400/1988). Se contiene disposizioni che non sono, in realtà, di principio, ciò non è rilevante, perché la funzione legislativa appartiene al Parlamento (art. 70 Cost.) e non al Governo; e, dunque, tutto quel che la legge di delega stabilisca può esser vincolante per il legislatore delegato, quale che sia la natura intrinseca di quanto stabilito, quando il legislatore delegante ha inteso vincolarlo. La giurisprudenza della Corte cost. sulle norme di dettaglio contenute in delega legislativa insegna, appunto, che è questione puramente interpretativa lo stabilire se queste disposizioni sono dispositive/suppletive o vincolanti per il Governo; perché il Parlamento potrebbe non delegare affatto e, se delega, può farlo nella misura (ampia o ristretta) che ritiene opportuno. Il solo limite è che questa misura non sia troppo ampia (art. 76 Cost.); altrimenti il Parlamento abdicerebbe, oltre quanto consentito, alla sua funzione; non esiste, invece, ragionevolmente, un limite di eccessiva ristrettezza.

Non appena, però, il carattere intrinseco della norma acquista effettivo rilievo giuridico, allora l'auto qualificazione non è più suffi-

ciente. Ciò vale, ad es., per i principi dell'ordinamento e per le norme fondamentali di riforma economico sociale, con riguardo alle competenze esclusive delle Regioni a statuto speciale; per i principi della materia, con riguardo alle competenze ripartite; per i principi stabiliti in sede di coordinamento finanziario (art. 119, comma 2; art. 117, comma 3). L'autoqualificazione sollecita l'attenzione della Corte e dell'interprete, ma non esime poi quel che la legge statale dispone da un controllo di costituzionalità che valuti la natura intrinseca di quanto statuito (si tratta di giurisprudenza pacifica, come è noto). In questo caso la sovranità del Parlamento incontra il limite dell'autonomia regionale ed, allora, la natura intrinseca della norma diviene rilevante per stabilire se l'ordine delle competenze è stato rispettato.

La natura intrinseca di una norma sembra, a fortiori, rilevante in operazioni meramente interpretative, quando la valutazione estensiva o restrittiva di quanto essa dispone non può non correlarsi al suo effettivo modo di essere.

3. *Il fattore di utilità, il fattore di giustizia nell'esperienza giuridica, la dimensione concettuale*

L'ordinamento giuridico si regge su almeno due componenti fondamentali: l'utilità e la giustizia (ricordo Rousseau); e, per quanto ci si sforzi di ridurre ad uno i fattori accennati, alla fine, in qualche modo, riemerge sempre anche l'altro. Perché la giustizia inevitabilmente è misura anche di un'utilità e perché l'utilitarismo della regola, la teoria dei giochi ripetuti consentono indubbiamente di allargare l'area di un egoismo illuminato e lungimirante, fino a lambire non poche cose che rientrano in via immediata nella giustizia, ma non riescono poi a ricomprendere non poche altre cose che, nella considerazione sociale, riteniamo nobili eppure non hanno origine puramente egoistica (ricordo Amartya Sen), neppure ad un livello raffinato. L'utilitarismo della preferenza cerca di unificare le due componenti della matrice (cfr. R. Hare, 1952; A. Peczenik, 1989), ma è stato elaborato proprio per sottintenderle entrambe.

Quando l'accento cade piuttosto sui criteri di giustizia vien fatto di ricordare l'insegnamento di Emilio Betti, secondo cui il principio si connota per una "eccedenza di contenuto deontologico" rispetto al nudo precetto positivo e, più di recente, la lezione di Ronald Dworkin sulla relazione che si instaura tra principi e valori. Ricorde-

rei anche Gustavo Zagrebeky, sul necessario coinvolgimento dell'interprete (non più osservatore distaccato) nel circolo virtuoso che si instaura fra valori e principi.

Quando l'accento cade piuttosto sul fattore utilitario, oltre a sottolineare l'interesse generale che può sostenere certe soluzioni giuridiche, che si aggiunge alla accettabile soluzione del caso da un punto di vista della giustizia, vien fatto di ricordare la tesi che valorizza l'intensità delle preferenze, oltre al loro numero, come chiave per intendere le ragioni dei sistemi costituzionali contemporanei: ricordo il contributo del pensiero economico, attraverso l'opera ormai classica di James Buchanan e Gordon Tullock, e le riflessioni sul tema in sede filosofica (cfr., ad es., Richard Hare, 1981, 44 ss., 117 ss.; A. Peczenik, 1989, 350). Quest'ultima giustificazione avvalorata, dichiaratamente, principi di livello costituzionale.

Una terza componente del diritto risiede nella capacità di concettualizzare i rapporti umani, che accompagna sempre i passaggi fondamentali da una ad altra fase di sviluppo delle istituzioni e senza di cui non potremmo comprendere come esperienze giuridiche nate in un certo contesto possano, in qualche misura, essere traslate in un altro. Ricordo sul punto un contributo di Vittorio Scialoja (cito per esteso lo scritto, perché è poco conosciuto: *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, in *Scientia - Rivista della scienza*, Bologna-London-Paris-Leipzig, 1910, 5-131 ss.).

3.1. *Il principio come ragione più generale - argomentazione induttiva*

Una lettura dell'art. 12 delle preleggi potrebbe avvalorare l'idea che proprio il fattore della concettualizzazione sia preminente nella formazione dei principi. In quest'ottica, il principio sarebbe desunto per induzione dal *corpus* della legislazione vigente, cercando soluzioni comuni di certi problemi pur in diversi contesti; e la percezione della comunanza cresce quanto più aumenta la capacità di astrazione concettuale.

Si tratta di una ricostruzione dei principi che ha radice principalmente nelle discipline civilistiche (Bobbio). A questo approccio si riconduce, sostanzialmente, la lettura del Crisafulli. Anche quando un momento intuitivo anticipasse la generalizzazione (come pure talvolta si concede), poi il riscontro di questo precorrimiento sarebbe senza scampo positivo.

Nel nostro caso, come, del resto, anche nelle scienze della natura, l'induzione non potrà mai essere completa, anche se può pervenire fino al punto di sfiorare la completezza. Le previsioni dell'ordinamento giuridico sono, pur se assai numerose, pur sempre limitate (a differenza dei fenomeni della natura, il cui limite inseguiamo sempre senza raggiungere). E, peraltro, è proprio la funzione della dogmatica giuridica e, dunque, anche del ricorso all'argomento dei principi che sottintende una qualche manchevolezza. Ed, infatti, almeno nel caso da risolvere, attraverso una ragione che viene invocata come principio, almeno in quel caso non è presente una norma che ripeta questa ragione; e, dunque, l'induzione, per essere feconda, neppure può essere davvero completa.

Ammesso, peraltro, che il principio sia una generalizzazione induttiva, resta ancora da chiedersi perché questa generalizzazione debba fornire il criterio per decidere un caso non contemplato dalla legge.

Le risposte possono essere due: perché il ricorrere di un criterio in diversi contesti (al limite, in tutti i contesti in cui ne sussistono le condizioni, meno uno, quello all'esame del giudice) rafforza l'idea che questo criterio corrisponda alla volontà del legislatore; perché esiste una ragione di coerenza, di eguaglianza, al limite anche di legittimazione dell'intero ordinamento, che opera in via autonoma, a prescindere da una presumibile volontà legislativa. Entrambe sono state date.

Non è da escludere che un principio così argomentato possa essere utilizzabile in vari contesti. Vero è che già, ad es., in tema di principi della materia vincolanti per la competenza regionale ripartita, la Corte ha finito con il superare l'originaria impostazione che vi includeva quello di irretroattività della legge, con ciò ammettendo che la generalità della previsione non è vincolante e decisiva, almeno a certi effetti.

3.2. *Il principio come ragione più forte - gradazione fra principi*

Un'altra ipotesi ricostruttiva può valorizzare non tanto il frequente ricorrere di una norma nelle occorrenze opportune, quanto la più forte ragione che la sostiene.

Da quanto accennato, si può arguire che i principi operano a diversi livelli (in ordine crescente, ad es.: principi della delegazione le-

gislativa e principi della materia nella competenza regionale ripartita; principi generali dell'ordinamento, nella competenza regionale esclusiva; principi di ordine pubblico interno; principi di ordine pubblico internazionale; principi comuni del costituzionalismo europeo; principi supremi dell'ordinamento costituzionale, etc.); le ragioni diverranno via via più forti percorrendo in senso ascendente la scala cui si accennava, fino a toccare l'apice.

Principio in una delegazione legislativa è, a mio sommo avviso, un modello di soluzione dei problemi effettivamente discussi nel contesto sociale più ampio o nel contesto degli specialisti (salva, come si è accennato, la facoltà di tale legge di scendere nei dettagli senza incontrare i limiti di una contrapposta competenza); principio della materia è un necessario denominatore comune nelle varietà pur riconosciute delle possibili discipline; principio generale dell'ordinamento può essere qualcosa di più cogente dell'ordine pubblico interno ma che resta al di sotto dell'ordine pubblico internazionale, etc. Al livello più alto i principi attingono le ragioni stesse di un certo ordinamento e dei suoi istituti fondamentali. Ma, probabilmente, il cammino ascendente non è finito: perché altra cosa sono le ragioni essenziali di un certo ordinamento ed altra, ancora, quelle di ogni ordinamento accettabile, ed altra ancora quelle di ogni ordinamento possibile.

Ci avviciniamo all'apice quando una norma integra in modo necessario fattori generali di utilità o giustizia che sono alla base dell'ordinamento in generale o di un certo ordinamento storicamente dato, al punto che il suo venir meno ne destabilizzerebbe seriamente l'operatività. La *ratio legis* in questi casi non è l'intento (discutibile) del legislatore ma si collega alle ragioni stesse di un certo ordinamento e dei suoi istituti fondamentali.

3.3. *Argomentazione abduttiva in tema di principi e ricerca delle conferme - argomentazione deduttiva e sue possibili modalità*

Non pochi principi vengono argomentati, allora, per "abduzione" (o, come altri dice, per "riduzione"), ipotizzando un più forte interesse sociale a loro favore, come nelle scienze della natura si ipotizza un fattore causale determinante.

Non sarebbe facile, peraltro, riferire al diritto i protocolli di non falsificazione delle scienze della natura, il cui superamento rende ra-

gionevole (attendibile) l'ipotesi causale ed irragionevole il suo rifiuto. Può soccorrere, nel nostro caso, il consenso della legislazione (attraverso un argomento induttivo svolto in senso inverso), della giurisprudenza, della dottrina in sede interna e sovranazionale, i riscontri in discipline attigue a quelle strettamente giuridiche, etc. Riprende vigore, fra l'altro, in questo contesto l'*argumentum a comparatione*, largamente praticato nel diritto comune europeo (*lex vicini loci, lex communis totius orbis*: ricordo i magnifici saggi del Gorla) cui ora studiosi giovani e meno giovani dedicano crescente attenzione.

Se queste ipotesi ricostruttive dovessero esser accolte, occorrerebbe allora meditare anche sul valore del consenso nella nostra disciplina, sul valore delle citazioni. Le parole di Leonardo (homo senza lettere, in polemica con gli eruditi del suo tempo): "se bene, come loro, non sapessi allegare gli altori [autori], molto maggiore e più degna cosa allegherò, allegando la sperienza, maestra ai loro maestri" ..., forse non sono interamente vere neppure per le conoscenze naturali, ma conservano, almeno a mio sommessimo avviso, in questo ambito un nucleo di verità che non sarebbe riferibile alle discipline giuridiche, nelle quali il consenso assume un rilievo di estrema consistenza.

Non poche regole nel diritto privato, quale che sia la loro origine (legislativa o direttamente giurisprudenziale), sono favorevoli all'armonico svolgimento dei traffici commerciali e, dunque, all'interesse generale, conservando in sé un coefficiente di giustizia generalmente accettato. Queste regole, allora, al di là del fatto che la relativa applicazione, nei casi concreti, possa assumere valore dirimente, incontrano un consenso di estrema solidità nell'opinione dei giudici, dei giuristi, degli operatori giuridici e tendono ad assurgere a principi.

Riprendendo l'osservazione di Bartole, cui in precedenza mi ero riferito, vien fatto ora di aggiungere che, ad un certo livello, i principi entrano a far parte della c.d. "costituzione materiale". Il problema è che difficile sarebbe preservare, almeno a questi livelli, la loro naturale forza espansiva in un sistema di fonti gerarchicamente ordinato quale è quello di diritto scritto, fondato su di una costituzione rigida, senza un qualche aggancio alla costituzione formale (ricordo Pinelli) od anche al diritto sovranazionale (come una recente dottrina suggerisce), la cui rilevanza costituzionale, del resto, è ben nota.

L'interprete sovente argomenta i principi di livello più elevato desumendoli, per "inferenza intensionale" (ovvero per implicazione materiale) da una disposizione scritta del testo costituzionale, che ne integra una condizione sufficiente, anche se non necessaria. Il principio di leale collaborazione si desume, ad es., dal principio di unità ed indivisibilità della Repubblica, di cui all'art. 5. Sembra evidente, peraltro, che il principio collaborativo sussisterebbe anche se l'art. 5 della Costituzione non fosse stato scritto nei termini in cui lo è stato. Tale disposizione, appunto, è condizione sufficiente ma non necessaria del principio stesso come applicato nella giurisprudenza della Corte.

Un'argomentazione più esauriente potrebbe muovere dall'essere stesso delle istituzioni vigenti (penso allo *ius involuntarium* di Santi Romano), che include queste ed altre conseguenze, suscettibili di essere di volta in volta chiarite, come il diverso modo di formulare un'espressione ne chiarisce le valenze riposte. Un'argomentazione di questo tipo non è, peraltro, consueta al giurista che opera in un contesto prevalente di diritto scritto.

4. *Bilanciamento e perduranza nel tempo dei principi*

I principi esprimono regole maggiormente radicate nel complessivo contesto giuridico. È difficile pensare ad un puro e globale contrasto fra diversi principi, senza insinuare l'idea, non sostenibile, di radicali inconsistenze insite nel sistema.

Le medesime contraddizioni, di cui parlava, ad es., Marx esprimono un contrasto di ragioni, ma non la pura inconsistenza di norme divergenti interamente sovrapponibili l'una all'altra. Al di là di quello che può essere l'atteggiamento complessivo nei confronti di questa dottrina, si tratta, indubbiamente, di uno strumento di analisi su cui meditare, quando si vuole intendere il trapasso da un sistema ad un altro.

E, peraltro, nell'ambito di un sistema dato, può accadere che il campo di applicazione di diversi principi presenti margini di intersezione, nelle quali l'applicazione dell'uno escluderebbe quella dell'altro e viceversa (quale che sia il grado di diversità / divergenza fra di essi). Confesso di provare qualche perplessità di fronte ad una indifferenziata dottrina del bilanciamento. Certo, il legislatore bilancia,

entro certi limiti; mentre spetterebbe alla giurisdizione individuare e far valere questi limiti; ed in questo contesto può assumere rilievo anche la gerarchia fra principi, cui si accennava. Si tratta della testa di un capitolo ancora da scrivere, su cui talvolta mi sono cimentato.

Poiché il principio si radica in una ragione più forte, difficile sembra una pura abrogazione di esso, senza cadere, appunto, nella irragionevolezza; salvo ad individuare le modalità argomentative per farla valere, ad es., in un giudizio di costituzionalità.

E, peraltro, esistono principi di vario livello.

Come abbiamo accennato, esistono principi anche di livello non particolarmente elevato (i principi della materia, ad es., nei rapporti fra Stato e Regioni), che, di certo, possono essere abrogati. Ma, in quanto principi, sottintendono coerenze ulteriori che rendono l'abrogazione meno facile (sotto il profilo della ragionevolezza) di quanto non sia quella di una qualsiasi altra disposizione.

Quando una regola assurge a principio per essere coerente con un certo assetto economico-sociale, perde la sua ragion d'essere ove questo assetto complessivamente sia venuto meno: ma ciò può sottintendere una svolta epocale del sistema giuridico. Il principio del maggiorascato non ha più senso una volta venuto meno il contesto nel quale trovava la sua ragione. Ma difficilmente potrebbe essere abrogato isolatamente ove quel contesto fosse ancora in vigore.

Il principio, dunque, a volte può venir meno, essere abrogato, ma, a sua volta, una ragione di coerenza /ragionevolezza (questa, di certo, principio o meta principio duro da rimuovere) esige che lo sia insieme con le ragioni che lo sostenevano.

Via via che si sale le radici di un principio possono essere ancora più salde, in guisa da rendere, comunque, non verosimile una ragionevole abrogazione di esso.

Lo scritto di Francesco Ruffini, pubblicato nel 1924, sui diritti di libertà è un libro di battaglia, che non si sofferma troppo su profili concettuali. È stato ripubblicato nel 1946 (a coronamento di questa battaglia) con una introduzione di Piero Calamandrei, quando iniziavano i lavori di un'Assemblea costituente destinata ad approvare una Costituzione rigida. L'illustre processualista rifletteva, allora, sul fondamento di questi diritti, sulla ben nota dottrina tedesca dei diritti riflessi, sullo sforzo della dottrina italiana (Orlando, Romano) di emanciparsi da questo schema, pur in un contesto di costi-

tuzione flessibile, per concludere che anche in una costituzione flessibile debbono ipotizzarsi principi non modificabili. Recava, a sostegno della sua tesi, due esempi quasi paradossali: l'introduzione della schiavitù o della antropofagia in un paese, come l'Inghilterra, retto da costituzione sicuramente ed orgogliosamente flessibile. Proposte di questo genere eccederebbero la tolleranza di un contesto costituzionale pur quanto mai aperto.

Concetto Marchesi esprimeva il suo consenso alla proposta degli on. La Pira e Dossetti, all'origine dell'attuale art. 2 della Costituzione, che reca non pochi segni di una cultura giusnaturalistica (la Repubblica "riconosce" i "diritti inviolabili", etc.), osservando (seduta del 10 settembre 1946, in Prima Sottocommissione) che esistono conquiste irreversibili e non rimovibili della storia e che la Costituente non opera nel vuoto ma si colloca, appunto, nell'ambito di un processo storico che non può eludere.

Il costituzionalista tedesco Peter Häberle suggestivamente qualifica disposizioni, come quella contenuta nell'art. 19, comma 2, o 79 della costituzione tedesca, che vietano, fra l'altro la rimozione del contenuto essenziale dei diritti fondamentali, come «clausole di eternità».

Penso di non dovere (e di non potere) aggiungere altro, lasciando questi temi alla riflessione comune.

La parola principi non veicola un significato sicuro, posto che il suo significato nelle prassi discorsive dei giuristi occidentali oscilla tra vari poli semantici. Nel contesto nazionale italiano il senso della parola principi risulta stretto tra quello di “concetto” e quello di “regola”; parole che a loro volta sono polisemiche, posto che talvolta la parola “concetto” tende a designare ciò che si considera come l’essenza di un fenomeno giuridico, altre volte designa ciò che si considera presiedere alla individuazione di una categoria ordinante del sistema; mentre la parola “regola” a sua volta può denotare un enunciato legale formalmente adottato da un organismo legittimato a formare una norma positiva, ma anche un enunciato che sorregge il sistema dall’interno ricavabile per induzione dagli enunciati legali.

È da rilevare subito che i tentativi di mettere ordine nel discorso dei giuristi assegnando alla parola principio, o principi, un significato maggiormente univoco, non sono riusciti nell’intento. Prova ne sia che il tentativo di maggior spessore condotto durante il Convegno Linceo del 1991¹, cui si debbono i contributi più elevati che la dottrina italiana abbia offerto sul tema negli ultimi cinquant’anni, sotto questo profilo ha ottenuto l’effetto opposto, ovvero quello di legittimare, grazie all’autorevolezza degli oratori riuniti in quel consesso, un più ampio ventaglio di significati che lo stesso segno può veicolare. Non sembrano quindi aver avuto successo pratico i tentativi di porre ordine negli usi linguistici, non quelli condotti perseguendo un approccio di tipo normativo² ma nemmeno condotti seguendo un approccio di tipo descrittivo degli usi stessi³. Quest’ultimo peraltro votato all’insuccesso sin dall’inizio posto che il classifi-

¹ Cfr. Atti dei Convegni Lincei, 96, *I Principi generali del diritto* (Roma, 27-29 maggio 1991), Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992.

² Cfr. A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *I Principi generali del diritto*, op. cit., 11; S. COTTA, *I principi generali del diritto, considerazioni filosofiche*, *ivi*, 31; A. PIZZORUSSO, *I principi generali del diritto: l’esperienza pubblicistica*, *ivi*, 239.

³ Cfr. R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* Cicu - Messineo - Mengoni - Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2004, 199-221.

care i significati di un uso linguistico corrente rischia sempre l'incompletezza dell'elenco, non disponendo di un criterio di esclusione dall'insieme.

Sicché si deve sommamente apprezzare lo sforzo di chi, spogliatosi da pretese teorizzanti, di tempo in tempo si sofferma ad analizzare il tema dei principi sotto il profilo realistico, attento cioè a ciò che il segno "principio" evoca nelle prassi discorsive e da tale ricognizione trae spunto per additare quale evoluzioni di senso paiono più promettenti⁴.

1.2. Tuttavia si deve osservare che l'accertata difficoltà di conferire un senso univoco, e quindi preciso, alla parola principio/i non ne ha scoraggiato l'uso, anzi, al contrario, lo ha amplificato. Una breve ricerca sul repertorio bibliografico del Foro Italiano segnala che dall'anno 2000 la parola principio/i è stata utilizzata nella intitolazione dei saggi giuridici ivi repertoriati 5.049 volte (3144 al singolare; 1905 al plurale) e che nel decennio 2003-2013 si registrano 4142 nuove entrate (2559 al singolare + 1583 al plurale) rispetto alle 2.145 (1310 + 835) del decennio precedente. Il che può essere indizio del fatto che più una parola è vaga e più è ricorrente nel discorso dei giuristi, ovvero che i giuristi attuali non amano i discorsi rigorosi. Detta in altro modo la medesima osservazione potrebbe corroborare l'ipotesi di chi, osservando lo sbriciolarsi della razionalità formale di weberiana memoria, ne trae l'impressione che il diritto, inteso come quella peculiare mentalità che si è sviluppata in Europa occidentale (e, poi, nelle Americhe) nell'ultimo millennio, non stia polarizzandosi verso tecniche di calcolo degli effetti economici delle regole⁵, ma stia avviandosi ad una fase dominata dalla liquidità delle sue prassi discorsive orientate esclusivamente alla formazione di un consenso immediato.

2. Rimane però impossibile condurre una qualsivoglia analisi riferita alla dinamica dei principi senza una previa – e possibilmente

⁴ Cfr. G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, Giuffrè, 1993; ID., *CESL, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, in *NGCC*, 2014, II, 147; ID., *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, *supra*.

⁵ È questa la tesi fondamentale di H.J. BERMAN, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard Univ. Press, Cambridge (mass.) 1983.

rigorosa – individuazione dell’oggetto dell’analisi stessa. Vale sempre infatti l’osservazione per cui con il linguaggio noi non possiamo indicare un oggetto senza prima delinearlo⁶.

Per poter svolgere in forma necessariamente linguistica qualche considerazione sul tema che mi è stato assegnato procedo quindi a delimitare l’ambito del mio discorso in due modi.

In primo luogo intenderò stipulativamente per “principio” una figura deontica che i giuristi riconoscono e quindi indicano a livello conoscitivo⁷ come ricavabile da un insieme normativo, ma che trascende la variabilità delle prescrizioni di dettaglio presenti nelle norme per coglierne invece il nucleo essenziale⁸, e, perciò, si presenta come figura non transeunte, ma, al contrario dotata di stabilità nel tempo; pertanto mi atterrerò a quell’uso linguistico che riserva la denominazione di “principio” a ciò che nel mondo del diritto si considera, a torto o a ragione, come valido descrittivamente nella lunga durata. Stipulata questa accezione della parola non ha decisiva rilevanza che si tratti di principio espresso o inespresso dal legislatore, che abbia rango costituzionale o legislativo, che abbracci diversi settori dell’ordinamento oppure si proclami come relativo ad uno solo settore; rileva maggiormente invece che il parlante possa pretendere che quanto designa come principio sia munito di un nucleo solido di senso, che almeno ottativamente concorra a comporre un sistema di comprensione dell’ordinamento che non si limiti a designare una serie di atti di volontà. Questa accezione della parola principi comprende quindi anche la possibilità di un uso strategico della stessa, volta a persuadere gli ascoltatori, o i lettori, che le “regole” di cui si parla sono sottratte alla mutevolezza della normazione positiva, anche se tale uso si svela subito alla luce della assenza di precisione circa i modi con cui si è pervenuti ad enucleare il principio/i in questione, oppure della chiara assenza di un criterio sistematico per la loro ordinazione⁹.

⁶ Cfr. A.J. AYER, *Linguaggio, verità e logica*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 1961, 109 (orig., *Language, Truth and Logic*, London, 1946).

⁷ Cfr. S. COTTA, *I principi generali del diritto, considerazioni filosofiche*, op cit., 32-33.

⁸ Cfr. in questo senso: U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 1985.

⁹ È quanto avviene ad esempio, nel caso dei Principi Contabili Internazionali, più opportunamente denominati International Accounting Standards.

In ogni caso, questo significato della espressione principi, che mi sembra assai ricorrente nelle prassi discorsive dei giuristi, è, sia osservato incidentalmente, più pertinente al modo di procedere della scienza giuridica che non all'agire legislativo, anche se dalla prima può essere ottriatto al secondo, ed, a mio avviso, si coglie bene nella scelta denominativa dei Principles of European Contract Law (cosiddetti Principi Lando), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Principles of European Insurance Contract Law e, con ancora maggiore consapevolezza, negli Acquis Principles, ove il Gruppo omonimo non a caso ha lavorato anzitutto per consolidare la terminologia giuridica europea in materia contrattuale ed è quindi pervenuto a formulare "principi" attraverso vari procedimenti di generalizzazione di regole già esistenti¹⁰, ma dopo aver acquisito una terminologia che potesse essere universalmente significativa in Europa. Il che può suggerire che l'istituzione di un lessico comune sia una precondizione di un discorso sui principi visto che la pretesa di dotare di carattere generale e non effimero ciò che si designa come principio dipende dalla esistenza di un consenso di lunga durata circa i tratti identificativi di ciò che si designa.

Le opere e le iniziative che ho citato si debbono intendere quindi come modelli di organizzazione culturale di principi, ma nell'indicarli come modelli di creazione di ciò che oggi più sicuramente si può denominare "principi" in campo giuridico, intendo richiamare l'attenzione sul dato essenziale per cui anche se si forma sul piano della conoscenza del sistema, ogni principio giuridico rimane una figura deontica e perciò si colloca funzionalmente nel campo del prescrittivo, divenendo regola di indirizzo e quindi rimane uno dei modi in cui il sistema culturale del diritto sviluppa il processo di progressiva determinazione del dover fare come del dover essere¹¹.

In secondo luogo mi occuperò unicamente dei principi che riguardano il tema dell'appartenenza, o se si vuole, della proprietà intesa in senso ampio, ed in questa scelta è sottesa una cosciente ribellione contro la speciale categoria dei principi generali in senso stretto che sarebbero quelli che permeano di sé l'intero ordinamento. A

¹⁰ Cfr. Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law* (Acquis Principles), Contract I, Sellier, 2007, XXIX.

¹¹ Cfr. A. FALZEA, *op. cit.*, 15.

parte il rilievo che in sistema multilivello, identificare l'intero ordinamento può essere arduo, il punto è che tali principi o confluiscono nei diritti e nelle libertà fondamentali, ed in ciò smarriscono la loro pretesa generalità, essendo settoriale, nel senso di relativo ad un settore delle attività umane, anche la libertà religiosa o la libertà di manifestazione del pensiero; oppure si restringono a regole di organizzazione delle fonti come il principio per cui la legge posteriore deroga a quella anteriore; oppure ancora formano un accozzaglia di direttive di varia natura come avvenne quando si volle proclamare che "le dichiarazioni della Carta del lavoro costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". Mi sembra che l'esperienza storica accumulata sconsigli di ripercorrere vie già dimostrate foriere più di insidie che di lumi¹², né mi pare grave rinunciare all'aggancio con il lessico cui fa ricorso il legislatore nell'art. 12 delle disposizioni sulle legge in generale, anzitutto perché se è vero che l'enucleazione dei principi è un problema essenzialmente di tipo scientifico è ben possibile che il formante dottrinale faccia ricorso ad un lessico proprio senza dovere necessariamente mutuare la propria terminologia dai testi legali; poi, perché in quel testo la locuzione: principi generali dell'ordinamento, esprime un concetto di chiusura entro le frontiere delle fonti nazionali¹³ che oggi appare ben poco consona al quadro complessivo che l'interprete deve fronteggiare.

Piuttosto, mi sembra opportuno sottolineare che entrambi gli esempi che intendo analizzare si riferiscono a principi che hanno una estensione multinazionale e ciò consente di contestualizzarne l'analisi in un ambito culturale più vasto di quello municipale il quale quasi mai consente di esaminare come i principi si formano, si affermano, perdono universalità ed eventualmente si estinguono. Ciò che vorrei suggerire attraverso gli esempi qui proposti è che il campo dei principi è sì condizionato, nei suoi sviluppi che si colgono nel tempo, da classiche espressioni della volontà politica, ma tra le forze che determinano nel medio-lungo periodo il prevalere di alcuni dei valori potenzialmente in conflitto rispetto ad altri si coglie anche la presenza

¹² Cfr. P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in *I Principi generali del diritto*, op. cit., 339.

¹³ Cfr. G. GORLA, *I principi generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile italiano del 1942*, in *I Principi generali del diritto*, op. cit., 179; P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 340.

della forza del diritto, sotto l'aspetto dell'anelito latente, ma presente, verso la coerenza logica del sistema juris.

3.1. Il primo esempio che vorrei offrire riguarda il principio dell'equo indennizzo nel caso di espropriazioni per p.u. Che cosa si debba intendere per equo, o giusto, indennizzo nell'ipotesi di un procedimento ablativo disposto per soddisfare esigenze di p.u., è un interrogativo al quale semplicemente non si può dare una risposta. Occorre infatti prima chiarire se si intendono l'equità e la giustizia in senso procedurale, oppure in senso sostanziale. Nel caso in esame peraltro si può tranquillamente assumere che la tradizione giuridica occidentale, negli ultimi secoli, impone che i due approcci si sommino e che occorre procedere secondo il "due process", e quindi secondo schemi di legalità, da un lato; ma occorre anche che il procedimento sbocchi in una "just compensation", attingendo quindi ad una giustizia sostanziale, dall'altro lato¹⁴. E tuttavia anche nella sua accezione sostanziale il significato della espressione "giusto indennizzo", o "just compensation", rimane indeterminabile in base a criteri di calcolo economico per il semplice motivo che questi ultimi non possono calcolare esattamente il danno dell'espropriato senza accrescere a dismisura i costi amministrativi della procedura rendendola "ingiusta" sia per l'espropriante che per l'espropriato. È necessario quindi che l'ordinamento faccia ricorso alla formulazione di principi guida, collocando così il problema in un campo semantico, quello dei principi, in cui possono coesistere anche valori configgenti¹⁵.

3.2. Come è noto nel secolo XIX, in area franco italiana il principio per cui l'indennizzo dovesse corrispondere al valore effettivo del bene espropriato era affermato dalla dottrina più ortodossa sulla base della inviolabilità costituzionalmente garantita al diritto di proprietà. L'improbabile nesso che collegava la nozione di inviolabilità con la misura dell'indennizzo da espropriazione per p.u., era dato dalla finzione per cui nel procedimento espropriativo la proprietà ri-

¹⁴ Cfr. per tutti F. MICHELMAN, *Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law*, in 80 *Harv. L. Rev.* 1165 (1968).

¹⁵ Cfr. R. DWORKING, *Taking Rights Seriously*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, 45; *Law's Empire*, Cambridge (Mass.) Harvard University Press, 1986, 47; P. RESCIGNO, *op ult. cit.*, 340.

mane intatta e si trasforma solamente come valore patrimoniale, e questo effetto era quindi assicurato dal criterio per cui l'indennità deve rappresentare il rimborso in denaro del valore completo ed effettivo del fondo espropriato¹⁶. Gli ingredienti del costruito erano quindi una serie di palesi aporie a partire dall'asserzione per cui si doveva partire dal principio costituzionale della inviolabilità del diritto di proprietà, che spesa in ambiente di costituzione flessibile, finiva con l'indicare una base assai fragile, pur volendo essere retoricamente fortissima. E la fragilità dell'aggancio costituzionale del principio asserito emerse quasi subito la sua recezione nella legge 25 giugno 1865, n. 2359 la quale lo aveva trascritto sotto forma di criterio guida rivolto ai periti valutatori i quali dovevano stabilire il prezzo che "avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compravendita" (art. 39). È notissimo infatti che quel criterio venne derogato con la legge per il risanamento di Napoli del 15 gennaio 1885, n. 2892 e poi via via da una serie di altre, lasciando quindi dispiegare nel diritto positivo la forza della pura volontà legislativa. È vero che nonostante ciò, nel formante dottrinale, "l'opinione più diffusa continuò a considerare criterio di principio quello della legge del 1865, criteri eccezionali gli altri"¹⁷; ma si deve rimarcare come la formula espressa nella legge del 1865 costituisse un buon esempio di principio aporetico, ed è questa la seconda, forse più grave, ragione di fragilità della teoria dell'equivalenza, essendo ovvio che all'espropriazione si ricorre in riferimento a beni unici quando non è possibile procedere ad una normale compravendita, ovvero quando per quel bene specifico non esiste un valore che faccia incontrare la domanda di acquisto con l'offerta di vendita, ed in definitiva non esiste quello che la legge postula si debba ricercare, ossia un prezzo di mercato del bene espropriato e tale lacuna, essendo riferita a beni unici, non è rimediabile con un ragionamento contraffattuale¹⁸.

È quindi giustificabile da un punto di vista logico il diluvio di critiche che ha mano a mano sommerso l'impostazione ottocentesca

¹⁶ Una formulazione assai precisa di questa impostazione si coglie in T. BRUNO, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Digesto Italiano*, vol. X, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1895-1898, 907.

¹⁷ Così: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 1202.

¹⁸ Cfr. per una lucidissima esposizione di questo aspetto, U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2001, 440.

perpetuatosi nella prima metà del novecento per cui la garanzia costituzionale della proprietà come diritto pieno ed esclusivo impone che l'indennità di espropriazione costituisca l'equivalente monetario del bene espropriato secondo il principio di conversione del diritto¹⁹.

Come è noto²⁰ le impostazioni critiche si svolsero su due versanti. In primo luogo si contestò il principio di equivalenza assumendo che la sua misura deve tener conto della natura di contribuzione speciale che caratterizzerebbe l'espropriazione²¹, oppure assumendo che la misura dell'indennizzo deve tener conto della possibilità economiche dell'espropriante per non compromettere la realizzazione di programmi di interesse generale. Ove è evidente che il primo assunto sembra ignorare la esistenza di una garanzia costituzionale e, soprattutto, il fatto che essa fosse inserita in una costituzione rigida, mentre il secondo valorizza i programmi di riforma economica costituzionalmente orientati. In secondo luogo si contestò il nesso tra indennizzo e valore di mercato del bene immobile assumendosi che la determinazione del primo doveva porsi come strumento finalizzato all'abbattimento della rendita, intendendosi per tale la rendita fondiaria urbana²² con ciò ricollegandosi all'idea per cui la disciplina dell'espropriazione per p.u. sia determinativa del contenuto del diritto di proprietà²³.

In tutte queste impostazioni, sostenute da un diluvio incessante di pubblicazioni contenenti variazioni sul tema, rimase l'idea fondamentale per cui la misura dell'indennità di espropriazione dovesse essere una direttiva di principio direttamente dipendente dalla nozione costituzionale di proprietà privata. Ciò anche nell'illusione che in tal modo la formula della funzione sociale della proprietà consentisse di rimediare al fallimento dei tentativi di riforma per via legislativa della proprietà urbana. Ed in effetti è stato in considerazione

¹⁹ Si veda ancora R. LUCIFREDI, *Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alle pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 1934, 35.

²⁰ Cfr. la ricostruzione della vicenda storica in G. ALPA, M. BESSONE, G. ROLLA, *Il privato e l'espropriazione*, 1, *Principi di diritto sostanziale e criteri di indennizzo*, Milano, Giuffrè, 1980 150.

²¹ G. LANDI, *Espropriazione per p.u. (principi)*, in *Enc. del dir.*, vol. XV, 806.

²² Si veda la relazione illustrativa di maggioranza alla legge 22 ottobre 1971, n. 865, riportata in G. ALPA, M. BESSONE, G. ROLLA, op. cit., 281.

²³ Cfr. G. MOTZO e A. PIRAS, *Espropriazione e pubblica utilità*, in *Giur. cost.*, 1959, 220.

della nozione costituzionale di proprietà ed in contemplazione specifica della sua funzione sociale che la nostra Corte costituzionale al termine di un tormentato itinerario si era assestata su un «principio di fondo, ripetutamente affermato, secondo cui, da una parte, l'indennità di espropriazione non garantisce all'espropriato il diritto ad un'indennità esattamente commisurata al valore venale del bene e, dall'altra, l'indennità stessa non può essere (in negativo) meramente simbolica od irrisoria, ma deve essere (in positivo) congrua, seria, adeguata. Per un verso, infatti, l'integrale ristoro del sacrificio negherebbe ogni incidenza sotto tale profilo agli scopi di pubblica utilità che persegue il procedimento espropriativo; scopi la cui realizzazione non può risultare impedita dall'esigenza di una piena ed integrale riparazione dell'interesse privato del proprietario. Per altro verso, però, quest'ultimo non può essere chiamato ad un sacrificio che azzeri il suo diritto, atteso il rilievo costituzionale della proprietà privata che il secondo comma dell'art. 42 della Costituzione predica essere "riconosciuta e garantita" ancorché con il limite (tra l'altro) della "funzione sociale"»²⁴. Principio di fondo che in quanto classificato nella categoria dei principi fondamentali fungeva da limite alla potestà legislativa delle Regioni anche a statuto speciale²⁵.

A dire il vero le connessioni che si ponevano alla base delle statuizioni della Corte, da un punto di vista logico qualche problema lo hanno presentato da sempre, ad iniziare dal fatto che quello che veniva indicato come "principio di fondo" non era a rigore un principio di diritto – e qui si toccano con mano le conseguenze nefaste delle anfibologie terminologiche – perché si limitava ad enunciare la necessità di un bilanciamento tra due principi confliggenti, rispetto al quale non forniva alcun criterio guida sostanziale, ma si limitava ad indicare nella Corte costituzionale l'organo deputato ad esprimere in concreto la valutazione decisiva, lasciando così le amministrazioni esproprianti nell'incertezza sino al momento in cui la Corte non si fosse pronunciata. È però noto che non sono state ragioni di carattere logico²⁶ quelle che hanno indotto la stessa Corte costituzio-

²⁴ V. Corte cost., sentenza n. 283/1993.

²⁵ Cfr. Corte cost., sentenze 153/1995 e 147/1999.

²⁶ Nemmeno quelle connesse con il fatto che il tipo di criterio di bilanciamento raggiunto incidendo pesantemente sulla calcolabilità, medio tempore, dell'azione amministrativa creava qualche problema di consonanza con il principio di buona andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

nale ad un importante revirement. Ad indurre la nostra Corte costituzionale a compiere tale passo sono state piuttosto ragioni connesse con l'avvertita necessità di adeguare il nostro diritto alle indicazioni provenienti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, e, forse, più ancora, alla acquisita consapevolezza che sul tema della misura dell'indennizzo da espropriazione il diritto italiano si trovava in una posizione di isolamento nel contesto europeo ed occidentale, isolamento che in realtà integrava una devianza dal sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali, istituito con la CEDU e ribadito con la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

In seno a questo sistema si è infatti formato, come dichiara la stessa Corte costituzionale²⁷ un indirizzo costante secondo il quale «una misura che costituisce interferenza nel diritto al rispetto dei beni deve trovare il “giusto equilibrio” tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le esigenze imperative di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo», con ciò quindi non si garantisce in tutti i casi il diritto dell'espropriato al risarcimento integrale, in quanto «obiettivi legittimi di pubblica utilità, come quelli perseguiti dalle misure di riforma economica o di giustizia sociale, possono giustificare un rimborso inferiore al valore commerciale effettivo»; per converso quando si tratta di «esproprio isolato che non si situa in un contesto di riforma economica, sociale o politica e non è legato ad alcun'altra circostanza particolare», non sussiste «alcun obiettivo legittimo di “pubblica utilità” che possa giustificare un rimborso inferiore al valore commerciale»²⁸.

Successivamente il principio per cui in caso di «espropriazione isolata», pur se a fini di pubblica utilità, solo una riparazione integrale può essere considerata in rapporto ragionevole con il valore del bene, è stato recepito anche a livello di formante legale.

3.3. Ma atteniamoci alla dinamica dei principi. Se si assume che essi per poter sopravvivere nel tempo non solo hanno bisogno di potersi inserire nell'insieme dei principi presenti nell'ordinamento in modo che sia anche logicamente coerente, ma debbono anche mostrare coerenza logica interna, si deve osservare che la deviazione ita-

²⁷ V. Corte cost. sentenza n. 349/ 2007.

²⁸ Il riferimento è alla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 29 marzo 2006, Scordino c. Italia.

liana è stata causata da una incoerenza logica basilare che si è perpetuata lungo tutto l'arco della secolare discussione.

Quando la nostra Corte costituzionale si è dovuta confrontare con la giurisprudenza di una altra Corte suprema che opera a livello sovranazionale, si è in realtà confrontata con una diversa linea di sviluppo del principio del giusto indennizzo che è comune a quasi tutte le tradizioni giuridiche occidentali e che si fonda su una costruzione ermeneutica diversa, se non opposta, a quella che si era delineata in Italia.

In rapida sintesi si può infatti osservare che non può essere vero che i criteri di indennizzabilità dipendono dalla nozione costituzionale di proprietà privata. Ciò per la semplice, ma decisiva ragione che a rigore non esiste e non può esistere una nozione costituzionale di proprietà in generale. Ciò è dimostrato dal fatto per cui nessun testo costituzionale prevede criteri di riconoscimento semantico del diritto, o dei diritti di proprietà, sicché non vi è modo alcuno di decidere sulla base del solo testo costituzionale quale oggetto giuridico sia un diritto di proprietà o non lo sia. Ciò che tutte le costituzioni scritte dei sistemi appartenenti alla Western Legal Tradition prevedono è una garanzia costituzionale della proprietà privata, così come individuata e definita altrove; il che rinvia al diritto civile, o al common law. Infatti se non si accetta la tesi del rinvio e si assume che il testo costituzionale sia autosufficiente per fondare una nozione di costituzionale di proprietà privata, l'impossibilità di rintracciare in esso i necessari criteri di riconoscimento del diritto garantito comporta che, ogni garanzia costituzionale svanisce immediatamente²⁹, oppure, all'opposto, si dilata indefinitamente come è accaduto nell'esperienza americana durante la cosiddetta Lochner Era e come sta accadendo in ambito europeo per effetto di un piuttosto assurdo indirizzo giurisprudenziale seguito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo³⁰, che però non è quello che la nostra Corte costituzionale ha incrociato.

Per poter sostenere che una garanzia costituzionale della proprietà privata esiste occorrono due passaggi.

²⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, 443.

³⁰ Rinvio ad A. GAMBARO, *Le fonti, la proprietà, il modello costituzionale e l'Europa*, in *Annuario del contratto*, 2013, a cura di A. D'ANGELO e V. ROPPO, Torino, Giappichelli, 2014.

Con il primo passaggio si deve assumere che la costituzione riconosce e protegge i diritti di proprietà, ma non crea i diritti di proprietà, sicché si deve considerare che la situazione garantita trova la sua fonte e riceve la sua disciplina nel sistema del diritto civile, o del common law.

Con il secondo passaggio si considera che le proprietà così come esistenti, entrano nel livello della legalità costituzionale unicamente sotto forma della garanzia di legalità, e soprattutto, di indennizzo in caso di espropriazione per p.u. Circa questo secondo passaggio, è opportuno considerare che la menzione dell'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità che sin dal secolo XVIII inamovibilmente compare nella gran parte delle carte costituzionali, carte dei diritti e Bill of Rights confezionati al mondo, non è esattamente una garanzia della proprietà privata, anche se ci siamo abituati a chiamarla così e suggerirei che possiamo continuare a farlo, purché sia chiaro che mediante la menzione dell'espropriazione costituzionale il legislatore costituente modifica la nozione di proprietà che riceve dal diritto civile, o dal common law, perché quest'ultima non prevede, o, meglio prevede solo in casi eccezionalissimi³¹, che il titolare del diritto venga spogliato perché il bene su cui insiste la proprietà individuale è più utile ad altri. Nel sistema del diritto civile (e del diritto penale) nemmeno la più rocciosa certezza che un trasferimento involontario di una specifica situazione di appartenenza provochi un miglioramento paretiano, può giustificare il trasferimento del titolo. Saggiamente i testi costituzionali non garantiscono questo aspetto del diritto dominicale, il quale, elevato a principio ordinatore della legalità costituzionale, impedirebbe l'esecuzione di qualsiasi opera, o programma pubblico di un certa ampiezza.

La proprietà costituzionalmente garantita è quindi un istituto giuridico che incorpora anche la possibilità di trasferimenti coattivi per atto amministrativo ed è a questo punto che si introduce la specifica garanzia costituzionale dell'indennizzo.

Al riguardo osservo che appare sufficiente un minimo di attenzione verso la storia e la dimensione politica delle carte costituzionali moderne per rendersi conto che la formulazione di una garanzia co-

³¹ Il caso più noto è quello della occupazione di fondo attiguo di cui all'art. 938 c.c., ma in realtà lo stesso criterio opera nell'ipotesi contemplata dall'art. 875 c.c.

stituzionale è sempre stata intesa come garanzia rivolta alle proprietà preesistenti, così come identificate dal diritto civile del momento. Infatti tutte le discussioni ed i dibattiti che hanno accompagnato la formulazione precisa dei testi costituzionali: dall'art. 153 della costituzione di Weimar alle più recenti costituzioni dell'India e del Sud Africa, presuppongono questa finalità della normativa costituzionale e questa dazione di senso ai relativi testi.

Ciò serve a sottolineare che la presa di posizione delle carte costituzionali moderne rispetto alla proprietà preesistenti comprende un ventaglio di possibilità che spaziano da riconoscimenti e garanzie ampie, a garanzie minimali che sono dirette a tutelare i cittadini contro le confische individuali, per giungere infine alla esclusione di ogni garanzia verso le proprietà preesistenti che vengono solo tollerate. Sicché quando il testo di riferimento restituisca al suo interprete la disposizione di principio che le proprietà possono essere individualmente espropriate, ma è costituzionalmente garantito il diritto all'indennizzo, l'unica conclusione giuridicamente ammissibile diviene quella evocata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel citato inciso che compare nella sentenza Scordino. In effetti il principio del giusto indennizzo è posto per riequilibrare la elisione di un aspetto importante della proprietà civilistica e garantisce ai proprietari che anche quando venissero individualmente espropriati per p.u. ciò non di meno verranno integralmente compensati per la perdita subita. Trattandosi di rapporti di cittadinanza simile garanzia può essere trascritta in termini di parità di trattamento tra cittadini proprietari, ai quali la costituzione garantisce che non ostante la prevista possibilità di essere espropriati, tuttavia saranno sempre rimessi in integrum per equivalente e quindi saranno rimossi dal timore che il tiranno, o la maggioranza, di turno possa danneggiarli patrimonialmente.

Se si intende in questo senso la garanzia costituzionale della proprietà, ci si avvede che il principio del giusto indennizzo presenta una connessione mediata con la nozione di proprietà privata ed una connessione più diretta con la nozione di eguaglianza tra proprietari espropriati e non espropriati ed in riferimento a quest'ultima nozione esso trova i criteri idonei alla sua concretizzazione, posto che la parità di trattamento è un *thelos* e non può essere una situazione assoluta.

4.1. L'altro principio che vorrei additare come esempio nell'analisi dinamica dei principi di diritto è il noto principio del numero chiuso dei diritti reali. Principio che ha anch'esso una estensione multinazionale essendo conosciuto e dibattuto anche in molte altre esperienze giuridiche, ove prende il nome latino di principio del *numerus clausus*.

Iniziando dalla nostra esperienza nazionale è anzitutto da osservare che da noi il principio del *numerus clausus* è classificabile tra i principi inespressi in mancanza di un testo legislativo sicuro che ne sancisca il fondamento. Non di meno vi sono pochi dubbi che si tratti di un principio del diritto positivo che trova applicazione in numerosi ambiti, ed in ciò si ritrova quella certa schizofrenia che caratterizza le nozioni di principio di diritto e di diritto positivo in ambito francese³² e, poi, italiano.

Tuttavia quando un principio difetta della base offerta da un testo legislativo si rende necessario giustificare la formulazione mediante una esplicitazione forte della sua *ratio*, ovvero è necessario collegarlo teleologicamente al perseguimento di valori unanimemente condivisi.

L'apparente paradosso è che se così fosse il principio del numero chiuso sarebbe svanito da tempo, perché è ragionevolmente sicuro che le finalità perseguite inizialmente non raccolgono più alcun consenso.

Inizialmente infatti la *ratio* del principio veniva individuata nell'esigenza di impedire incontrollate frammentazioni della proprietà individuale e compatta che era considerata pilastro dell'ordine economico. In sostanza si argomentava nel senso che i sistemi giuridici moderni per affrontare le sfide epocali della rivoluzione industriale dovevano affidarsi ad un efficiente sistema di gestione dei beni e tale efficiente gestione non poteva essere altro che quello basato sulla proprietà, specie immobiliare, individuale compatta e tendenzialmente illimitata, rispetto alla quale erano ammissibili poche e ben limitate ipotesi di *demembrement de la propriété*³³. Giustificazione tuttavia piuttosto meschina, a smentire la quale bastava la banale os-

³² Cfr. R. SACCO, *I principi generali nei sistemi giuridici europei*, in *I principi generali del diritto*, op. cit., 163.

³³ Cfr. U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus di diritti reali*, in A. GAMBARO e U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, Giuffrè, 2009, 67.

servazione per cui nella culla della rivoluzione industriale ed anche nella sua maggior area di espansione nordamericana, la proprietà fondiaria non era per niente compatta *ex lege*, ma caso mai andava ricompattandosi sotto la spinta delle forze del mercato, ovvero per effetto di atti dell'autonomia privata, che invece mediante il principio del numero chiuso si intendeva escludere del tutto dal novero delle fonti di conformazione delle situazioni di appartenenza sui beni.

Si è però verificato in riferimento al principio del numero chiuso un fenomeno che secondo Holmes è molto comune nella storia del diritto. Le credenze ed i bisogni di un certo tempo contribuiscono a formulare un certo principio e poi nel corso del tempo quelle idee e quei bisogni svaniscono, ma la formula rimane anche priva di una ragione che ne spieghi la presenza, ed ecco che: «ingenious minds set themselves to inquire how it is to be accounted for; some ground of policy is thought of, (...) and then the rule adapts itself to new reasons which have been found for it, and enters on a new career.»³⁴.

Ora, di nuove carriere il principio del numero chiuso ne ha intraprese non poche.

Alcune sono terminate presto non essendo possibile, ad esempio, dedurre il principio del numero chiuso al concetto stesso di diritto reale posto che il diritto reale per eccellenza, vale a dire il diritto di proprietà, ha perso da tempo le sembianze di un saldo e compatto istituto³⁵ per collocarsi invece nella categoria aperta dei plura dominia di cui non è agevole intravedere i netti confini; sicché anche se si postula che confini debbano esistere tuttavia diviene circolare l'appellarsi al concetto di proprietà per fondare il principio del numero chiuso se poi dalle proprietà occorre ripartire alla ricerca di criteri delimitativi.

Altre ragioni di policy hanno mantenuto una certa attrazione come quella che ricollega il principio al sistema della pubblicità che di tipizzazione ha certamente bisogno³⁶. Al riguardo è però da osser-

³⁴ V. O.W. HOLMES, *The Common Law*, 1^a ed. Boston, Little, Brown and Co., 1881, e poi in molte altre edizioni; le parole citate nel testo sono tratte dalla Lecture I.

³⁵ Sono le celebri parole conclusive di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, 309.

³⁶ Cfr. U. MORELLO, *op. cit.*, 78.

vare che connesso strettamente con le esigenze di un sistema pubblicitario, il fondamento del principio del numero chiuso non solo si restringe al campo dei diritti reali su beni iscritti in pubblici registri, perdendo universalità, ma si affida alle ben incerte conseguenze dei meccanismi di pubblicità legale di tipo dichiarativo che prevalgono nel nostro sistema. Altro è sostenere che non si possono validamente creare diritti reali atipici ed altro è dire che tali diritti non potendo essere trascritti sono esposti a rischi di inopponibilità, inefficacia, o caducazione eventuale. Anche accettando la tesi prevalente che l'atto non trascritto sia soggetto a caducazione *ex nunc* nel caso in cui venga reso pubblico un atto incompatibile³⁷ si è ben lontani da quanto è necessario per dare solido fondamento al principio del numero chiuso come principio generale che governa l'interna materia dei diritti reali, soprattutto se si vuole attribuire a detto principio capacità invalidante di negozi giuridici privati.

4.2. È però da osservare che essendo il principio in esame diffuso in varie tradizioni giuridiche, le menti "ingegnose" che si sono poste all'opera per dotarlo di un fondamento razionale sono state molte e molto ben attrezzate, sicché la ricerca è risultata almeno appassionante, anche perché tale ricerca, coinvolgendo dottrine meno condizionate dall'approccio storicistico, ed, anzi, non condizionate affatto dalla tradizione, si è svolta all'insegna di un ripensamento radicale del principio del *numerus clausus*, partendo da dubbio cartesiano che esso sia degno financo di menzione.

Sono venuti pertanto ad emersione alcuni nodi fondamentali, essendosi dubitato anzitutto che abbia senso parlare di diritti reali prima ancora che di numero chiuso degli stessi.

Si tratta invero di un dubbio che ha radici ottocentesche, ma che ha percorso tutto il XX secolo e che però paradossalmente ha trovato nel principio del *numerus clausus* un fattore di smentita. Il fatto è che si abolisce la nozione di diritto reale (*jura in rem*, *property rights* etc.) per considerare che tutte le relazioni giuridiche sono tra persone, si elimina anche la possibilità di discutere nel me-

³⁷ Cfr. da ultimo G. GABRIELLI, *La funzione detta dichiarativa delle formalità pubblicitarie nel registro delle imprese (art. 2193 c.c.) e nei registri immobiliari (art. 2644 c.c.)*, in *Pubblicità degli atti e delle attività*, Atti dell'8° Convegno Nazionale della società Italiana degli studiosi del diritto civile, Napoli, ESI, 2014, 13.

rito il problema del *numerus clausus*. È chiaro infatti che scomposto il diritto di proprietà in un “bundle of rights”, ed inteso che le relazioni giuridiche fondamentali di: diritto, pretesa, facoltà e privilegio si riferiscono a rapporti giuridici personali, ne deriva che non vi è e non vi può essere un limite logico alle infinite tipologie di relazioni concrete che le persone possono istituire tra loro partendo dalla posizione iniziale che riunisce il complesso delle pretese, dei poteri, etc. di cui un soggetto può essere dotato, con conseguente eliminazione della possibilità di istituire un *numerus clausus* di diritti reali. Al contrario risulta che ove sia possibile rintracciare un fondamento di policy all’idea che gli *jura in rem* debbono essere almeno standardizzati³⁸ non è coerente assumere che essi debbano scomparire come categoria ordinante.

Ed in effetti la ricerca svolta a tutto campo ha condotto ad individuare un fondamento di politica del diritto al principio del numero chiuso, rintracciandolo non nella organizzazione dei diritti di proprietà, che è sicuramente più giusto ed efficiente lasciare alla discrezionalità proprietaria, ma nella ontologica destinazione dei *property rights* alla circolazione. Questa destinazione alla circolazione, intesa in senso ampio e quindi comprendendo anche la costituzione di garanzie reali su di essi, comporta la presa in considerazione dei costi transattivi che si accompagnano ad ogni vicenda circolatoria e da ciò è facile pervenire alla conclusione che la standardizzazione è necessaria per ridurre le informazioni che i potenziali acquirenti debbano raccogliere per potersi presentare come tali. Giova tuttavia osservare come sia opportuno distinguere i requisiti di chiarezza che i diritti reali debbono possedere dalla semplicità con cui essi possono essere riassunti. La semplicità garantita dalla standardizzazione è certo funzionale alla benefica riduzione dei costi transattivi, ma la

³⁸ Cfr. B. RUDDEN, *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, in 3 Oxford Essays in Jurisprudence 239 (1987, J. Eekelaar and J. Bell eds.); HENRY HANSMANN & UGO MATTEI, *The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434 (1998); THOMAS W. MERRILL & HENRY A. SMITH, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 Yale L. J. 1 (2000); H. HANSMANN and R. KRAAKMAN, *Property, Contract, and Verification: the numerus clausus problem and the divisibility of rights*, in 31 *Journal of Legal Studies* S373 (2002); S. VAN ERP, *A numerous quasi clauses of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law?*, in vol. 7.2 *Electronic Journal Of Comparative Law*, (June 2003), <<http://www.ejcl.org/72/art72-2.html>>.

chiarezza della definizione degli elementi costitutivi del diritto è, come già indicava Ronald Coase³⁹, la precondizione della loro esistenza come *jura in rem* che perciò possono circolare.

Giunti a questo punto sono agevoli due osservazioni finali.

Se il principio del numero chiuso sopravvive, esso è alquanto mutatus ab illo sotto molteplici profili, ad iniziare dal punto di importanza capitale per cui non vi è ragione alcuna per escludere che l'azione combinata delle prassi e della giurisprudenza possa dar vita ad un nuovo diritto reale; ciò che si richiede infatti è una definizione chiara e comprensibile degli elementi costitutivi del diritto creato ed una loro conoscibilità universale, non il paternalismo del legislatore, non essendo sostenibile che la legge in senso formale è l'unico veicolo di diffusione delle conoscenze giuridiche. Soprattutto risulta privo di giustificazione l'argomentare la nullità di un atto giuridico sulla base della sola violazione del principio del *numerus clausus*; l'invalidità potrà sussistere ma dovrà essere argomentata su una base più ampia.

Il tipo di ricerca che è stata condotta per consentire al principio del *numerus clausus* di sopravvivere indica bene come l'ascesa, il declino, la metamorfosi di un principio di diritto è un fenomeno che si svolge anzitutto in campo sapienziale e solo successivamente, ed eventualmente, si trasferisce in campo legislativo.

Quest'ultimo rilievo si adatta assai bene anche al primo esempio qui proposto, e la coppia delle due analisi potrebbe suggerire, se confermata da ulteriori e più abbondanti sondaggi sperimentali che quando si formulano, o si invocano, principi di diritto, si deve essere coscienti che si promette implicitamente di collocarsi nel campo degli *Jura* e non solo delle *Leges*, sicché non basta riassumere la volontà dei legislatori; se non si vuole che il principio enunciato sia, contraddittoriamente, effimero occorre farsi carico di tutti gli approfondimenti e le verifiche critiche di cui la *scientia juris* si è dimostrata capace.

Ma questa è, appunto, una ipotesi scientifica che deve essere verificata.

³⁹ Cfr. R. COASE, *The Federal Communications Commission*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 2 (1959), 1-40.

RELAZIONI DI SETTORE

I principi generali nell'esperienza giuridica transnazionale

Enzo Cannizzaro - Aurora Rasi

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Come far principi con regole: lo schema concettuale. – 3. Far principi con regole: il caso del diritto internazionale penale. – 4. Come far regole con principi. – 5. La circolazione dei principi: far regole domestiche con principi transnazionali. – 6. Effetti diretti di principi trans-ordinamentali.

1. *Considerazioni introduttive*

I rapporti fra regole e principi, ancorché assai complessi, possono, in via generale, essere descritti sulla base di due semplici schemi concettuali: talvolta si utilizzano le regole al fine di ricavarne dei principi; altre volte si utilizzano i principi per ricavarne delle regole¹. Questi due schemi sovente si combinano nel complesso processo logico attraverso il quale si crea una regola partendo da un'altra regola.

A dispetto della loro apparente semplicità logica, questi modelli, e le loro infinite composizioni, ci pongono davanti a problemi la cui soluzione si rivela ardua, sia in punto di tecnica giuridica che di teoria generale del diritto. Essi saranno considerati, in questo breve contributo, in una prospettiva particolare: quella che muove dalla osservazione delle dinamiche trans-ordinamentali di formazione e di applicazione del diritto.

Nella prima parte si analizzerà il funzionamento del primo schema che è, relativamente, quello più conosciuto: esso riguarda, cioè, la ricostruzione di principi internazionali o europei a partire da regole nazionali. La seconda parte sarà dedicata al funzionamento del secondo schema, il quale concerne il caso logicamente opposto al primo: vale a dire la ricostruzione di regole nazionali a partire da principi internazionali o europei. Nella terza e conclusiva parte ci

¹ Ai fini del presente scritto, questi due termini saranno intesi nel senso forse più comune, privo di alcuna elaborazione scientifica. Il termine «regola» indicherà un contenuto normativo applicabile ad una determinata fattispecie e, quindi, capace di governare direttamente, o indirettamente, le condotte dei soggetti dell'ordinamento al quale essa appartiene. Di converso, il termine «principio» indicherà un puro contenuto normativo, non riferito ad alcuna fattispecie, desumibile da regole attraverso un processo di astrazione.

proponiamo, invece, di esaminare alcuni dei nodi problematici dell'argomentazione «per principi», nonché alcune deviazioni che tale forma di argomentazione presenta rispetto alla metodologia tradizionale. Alla luce della crescente importanza del diritto di origine esterna, internazionale ovvero europeo, nella regolamentazione di fattispecie interne, l'interazione fra i due piani normativi costituisce un oggetto di studio ineludibile per il giurista contemporaneo. Questo studio porrà altresì in evidenza taluni dilemmi nei quali si dibatte la scienza giuridica.

2. *Come far principi con regole: lo schema concettuale*

Da tempo l'esperienza giuridica transnazionale attinge a quella nazionale utilizzando i principi di quest'ultima come fonte, in senso tecnico, di proprie regole². È notissima, e non fa conto indugiarsi sopra, la formula coniata negli anni '20 del secolo scorso, e ancora riprodotta nel celebre articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, il quale menziona i principi generali riconosciuti dalle nazioni civili quali fonte del diritto internazionale³.

Da tale meccanismo ha, verosimilmente, tratto ispirazione la Corte di giustizia dell'Unione europea nel ricostruire una sfera di principi attinenti alla tutela dei diritti individuali fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea, nonostante l'assenza di una disposizione espressa nei Trattati istitutivi⁴.

² Fra gli innumerevoli scritti in argomento, cfr. A. VERDROSS, «*Les principes généraux de droit, considérés comme une source du droit des gens*», in *Revue de droit international*, 1931, 446 ss.; B. CHENG, «*General principles of law as applied by international courts and tribunals*», London, Stevens & Sons Limited, 1953; R.B. SCHLESINGER, «*Research on the General Principles of Law Reorganized by Civilized Nations*», in *American Journal of International Law*, 1957, 734 ss.; G. GAJA, «*General Principles of Law*», in «*The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*», Oxford University Press, Oxford, New York, 2012, vol. IV, 370 ss.

³ Si legge nell'art. 38, par. 1 dello Statuto: «The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: (...) c. the general principles of law recognized by civilized nations».

⁴ Cfr. la nota formula elaborata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 dicembre 1970, causa 11/70, par. 4: «(l)a tutela dei diritti fondamentali costituisce (...) parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della comunità». Da tale formula,

Malgrado gli sforzi della dottrina, lo schema concettuale alla base di tale meccanismo non appare, però, del tutto chiarito. Esso si fonda, bensì, su un processo di carattere intuitivo, il quale tende a considerare l'esistenza di più regole dal contenuto tendenzialmente uniforme come espressione di un principio generale: una sorta di «distillato» normativo di tali regole.

Nel caso dei principi, internazionali o europei, di origine domestica, tale schema si arricchisce di un ulteriore elemento di «distillazione», rappresentato dalla possibilità di concepire norme dal contenuto generalmente uniforme, attuate in una pluralità di fori domestici, come principi generali dell'esperienza giuridica, applicabili, sol per ciò, anche nell'ambito dell'ordinamento internazionale.

A tale fenomeno faceva riferimento, peraltro, il Tribunale militare internazionale istituito a Norimberga successivamente al secondo conflitto mondiale. Esso, invero, indicava come un principio generale, il quale «*is found to have been accepted generally as a fundamental rule of justice by most nations in their municipal law*», sia suscettibile di «*declaration as a rule of international law*»⁵.

Al di là della sua intuitiva persuasività, non è agevole rinvenire in dottrina argomenti giuridici atti a spiegare il processo di assorbimento dei principi dal livello inferiore – quello degli ordinamenti statali – al livello superiore – quello internazionale o europeo –. Questo fenomeno appare concepibile in presenza di una analogia strutturale fra le due costruzioni ordinamentali in gioco: qualora, cioè, le

costantemente ribadita fino a oggi, emerge peraltro l'idea secondo cui i principi generali presenti negli ordinamenti degli Stati membri non costituiscano una fonte, in senso tecnico, dei diritti fondamentali assicurati nell'ambito dell'Unione, quanto, piuttosto, solo una sorta di fonte di ispirazione per ricostruire il contenuto dei diritti implicitamente contenuti nei Trattati istitutivi. Tale concezione è espressa oggi nell'art. 6, par. 3 TUE: «(i) diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Ad un meccanismo analogo si ispira la formula che troviamo, oggi, riprodotta all'art. 340, comma 2 TFUE, la quale prevede che la responsabilità extracontrattuale dell'Unione sia disciplinata dai principi generali comuni agli ordinamenti interni degli Stati membri: «In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

⁵ US Military Tribunal, NORIMBERGA, *United States of America v. Wilhelm List et al. (Hostage case)*, 19 febbraio 1948, par. 4.

regole nazionali, dalle quali sono estratti i principi, e le regole internazionali o europee, ricostruite sulla base di tali principi, siano tese a disciplinare rapporti giuridici strutturalmente analoghi.

L'espressione teoricamente più compiuta di tale concezione è verosimilmente rilevabile nello studio di Lauterpacht. Nella sua celebre monografia del 1927, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Hersch Lauterpacht, non ancora Sir, giustificava l'utilizzazione di principi di origine nazionale con l'analogia strutturale fra i rapporti giuridici paritetici che si instaurano fra individui nei fori domestici e quelli che intercorrano fra Stati nell'ordinamento internazionale⁶.

In altri termini, i principi tratti dall'esperienza civilista interna ben si presterebbero ad essere utilizzati come fonte del diritto internazionale in quanto esso non costituirebbe molto altro che il diritto privato degli Stati. Evidente il percorso argomentativo che conduce, dall'osservazione di regole aventi un nucleo normativo comune negli ordinamenti interni, alla astrazione del corrispondente principio e, quindi, alla sua applicazione al fine di ricavarne regole internazionali. Il ricorso all'argomentazione «per principi» serve, quindi, essenzialmente a ricostruire, muovendo da regole di comportamento, un contenuto normativo astratto, considerato come l'espressione di una sorta di coscienza giuridica universale. È proprio tale consustanzialità che rende dunque possibile la sua applicazione nel diritto internazionale.

Il declinante successo della categoria dei principi generali di origine nazionale si spiega alla luce dei successivi mutamenti nella struttura dell'ordinamento internazionale e del suo progressivo affrancamento dalle categorie giuridiche proprie degli ordinamenti nazionali. Tale affrancamento ha, quindi, favorito lo sviluppo di dinamiche ordinarie proprie sul piano internazionale, e l'abbandono di criteri eteronomi di integrazione.

3. *Far principi con regole: il caso del diritto internazionale penale*

Se, originariamente, il ricorso ai principi di origine domestica era legato all'idea che i rapporti giuridici fra Stati dovessero essere

⁶ Cfr. HERSCH LAUTERPACHT, «Private law sources and analogies of international law (with special reference to international arbitration)», London, New York, Longmans, Green and Co., 1927, in particolare si vedano le 1-4 e 82 e ss.

regolati dal diritto internazionale sulla base dei modelli normativi applicabili ai rapporti inter-individuali nei fori domestici, l'evoluzione del diritto internazionale ci pone, di recente, di fronte ad una situazione singolarmente rovesciata. Il processo di assorbimento dei modelli normativi nazionali serve, oggi, soprattutto a consentire al diritto internazionale di governare direttamente condotte individuali. Il ricorso a criteri eteronomi di integrazione vale quindi non più ad applicare principi domestici a rapporti inter-statali, distogliendoli così dal loro naturale alveo di applicazione. Esso serve, piuttosto, a sviluppare regole internazionali volte a disciplinare direttamente, in luogo o accanto a quelle nazionali, condotte individuali, senza cioè il diaframma normativo rappresentato dagli ordinamenti statali.

Il migliore esempio di tale evoluzione viene dal campo del diritto internazionale penale. L'uso di principi di origine domestica al fine di ricostruire norme internazionali è certamente più agevole qualora il prodotto finale di tale processo, vale a dire la regola internazionale penale, tenda ad assolvere ad una funzione analoga rispetto alle omologhe regole nazionali e a replicarne, in larga parte, il contenuto normativo⁷. Corrispondentemente più agevole appare inoltre il processo di adattamento dei principi di origine nazionale rispetto ai rapporti giuridici che essi, in definitiva, andranno a governare sul piano internazionale. In ambedue i piani normativi, infatti, si tratterà di rapporti, di carattere penale, intercorrenti fra un individuo ed una autorità sociale: lo Stato rispetto alle regole ed ai principi nazionali, la comunità internazionale nei rapporti di diritto internazionale penale.

D'altronde, il processo circolare di produzione di norme giuridiche, che procede dalla astrazione di principi sulla base di regole, per poi precipitarne il contenuto in nuove regole analoghe a quelle nazionali, non manca di indeterminatezza. Certamente esso appare ben lontano dal livello di certezza assicurato nei moderni ordina-

⁷ Sul tema del ruolo dei principi di origine domestica nella ricostruzione del diritto internazionale penale, cfr., ANTONIO CASSESE, PAOLA GAETA, «Cassese's International Criminal Law», Oxford, Oxford University Press, 2013, spec. 3 ss.; M. CHERIF BASSIOUNI, «*Introduction to International Criminal Law*²», Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2013, spec. 1 ss.; M. DELMAS-MARTY, «*Comparative Criminal Law as a Necessary Tool for the Application of International Criminal Law*», in «*The Oxford Companion to International Criminal Justice*» (a cura di A. Cassese), Oxford University Press, Oxford, 2009, 97 ss.

menti statali in materia penale. È noto come, negli ordinamenti interni, si tenda generalmente ad evitare, ed a considerare incompatibile con il principio di legalità, il ricorso a fonti di integrazione del diritto penale, a maggior ragione qualora esse siano estranee all'ordinamento nazionale. Di converso, la strutturale incompletezza del diritto internazionale penale rende pressoché ineludibile il ricorso a fonti eteronome di integrazione, quali appunto i principi generali di origine nazionale. Tale esigenza, paradossalmente, deriva talora proprio dalla necessità di completezza e specificazione della norma penale, che costituiscono un corollario del principio di legalità. L'esigenza di specificazione è proprio quella più frequentemente invocata dai giudici internazionali allorché procedono, muovendo dalle regole nazionali, a individuare principi per poi dedurre, sulla base di un processo di adattamento, regole internazionali.

Questo schema logico può essere osservato in una serie di casi. Celebre rimane l'utilizzazione di principi di origine nazionale nella pronuncia resa, dalla Camera di primo grado del Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia, nel caso *Furundžija*⁸. Il Tribunale ha constatato come la norma internazionale incriminatrice concernente la fattispecie dello stupro fosse particolarmente lacunosa, tanto da risultare difficilmente compatibile con il principio di legalità. Si rendeva, quindi, necessario individuare le corrispondenti regole di diritto nazionale, astrarre i principi ai quali esse fossero ispirate e, da ultimo, ricostruire, per tale via, la regola internazionale penale. Il Tribunale ha esaminato la disciplina dello stupro in diversi ordinamenti nazionali rappresentativi delle principali famiglie giuridiche del mondo, giacché «*international courts must draw upon the general concepts and legal institutions common to all the major legal systems of the world*»⁹, e perveniva, in tal modo, a determinare una autonoma nozione del crimine di stupro nel diritto internazionale¹⁰.

Né tale percorso ricostruttivo è stato applicato soltanto in riferimento alla normativa sostanziale. Esso è stato largamente utilizzato anche nel caso della procedura penale internazionale. Un caso esem-

⁸ Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Camera di primo grado, 10 dicembre 1998, in particolare si vedano i parr. 177 e ss.

⁹ *Ibidem*, par. 178.

¹⁰ *Ibidem*, parr. 179-181.

plare è quello deciso dalla sentenza, resa dal Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia, nel caso *Kupreškić*¹¹. Il Tribunale ha esaminato le regole vigenti in numerosi ordinamenti interni, relative agli istituti del concorso di reati e del concorso di norme nel reato, ricostruendo i principi generali loro sottesi per poi, finalmente, determinare il contenuto delle regole internazionali applicabili al caso di specie¹². Fra gli altri casi di utilizzazione di principi di origine domestica al fine di dedurre regole internazionali in materia penale, conviene ricordare le vicende relative alla ricostruzione di norme in tema di scriminanti, ovvero di circostanze attenuanti¹³.

Conviene inoltre sottolineare come nel campo penale il ricorso ai principi domestici, quali fonte di regole internazionali si sia attuato, inizialmente, in assenza di un fondamento normativo specifico quale quello rappresentato dall'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Solo con l'entrata in vigore dello Statuto di Roma, istitutivo della Corte penale internazionale, è stato adottato l'articolo 21, paragrafo 1, lettera *c*). Tale disposizione prevede che, in assenza di norme atte a disciplinare una certa fattispecie sia nello Statuto, che negli atti ad esso collegati, che nelle altre fonti internazionali, inclusi i principi del diritto internazionale, la Corte debba applicare «*general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world*»¹⁴.

Invero la Corte ha, talvolta, attuato la fonte di cui all'articolo 21, paragrafo 1, lettera *c*). Ad esempio, in una decisione della Camera preliminare relativa al procedimento contro *Thomas Lubanga Dyilo*, la Corte ha interpretato le norme internazionali concernenti il diritto

¹¹ Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Camera di primo grado, 14 gennaio 2000, in particolare si vedano i parr. 669 e ss.

¹² *Ibidem*, parr. 686-694.

¹³ Ad esempio, per la nozione di *duress* si veda *Prosecutor v. Drazen Erdemović*, Camera di primo grado, 29 novembre 1996, parr. 15 e ss.; inoltre, per le conseguenze in sede processuale della ridotta capacità mentale si veda *Prosecutor v. Mucić et al.*, Camera d'appello, 20 febbraio 2001, rispettivamente parr. 625 e ss., 587 e ss.

¹⁴ Cfr. AL PELLET, «*Applicable Law*», in «*The Rome statute of the International Criminal Court: a Commentary*» (a cura di A. Cassese, P. Gaeta e J.R.W.D. Jones), Oxford University Press, Oxford, 2002, 1051-1084; M. DE GUZMAN, «*Article 21, Applicable Law*», in «*Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*» (a cura di O. Triffterer), Hart publishing, Oxford, 2008, 701. W.A. SCHABAS, «*Article 21: Applicable law / Droit applicable*», in «*The International Criminal Court, a Commentary on the Rome Statute*», Oxford, Oxford University Press, 2010, 381.

alla difesa dell'imputato alla luce, tra le altre cose, dei principi generali desumibili dalla analisi delle regole nazionali¹⁵.

Il rilievo dei principi generali di origine domestica nella formazione del diritto internazionale penale appare quindi molto pronunciato. Ciò è essenzialmente dovuto, come si è già accennato, al carattere ancora imperfetto del diritto internazionale in tale settore, ben lungi dal grado di completezza necessario per potersi rendere autonomo dagli ordinamenti nazionali¹⁶.

4. *Come far regole con principi*

La fase dell'autonomia logico-giuridica dell'ordinamento internazionale ha quindi comportato lo sviluppo di principi propri, interni a tale sistema, ai quali fare ricorso per colmare eventuali lacune di normazione. La trionfante affermazione del diritto internazionale come nuova scienza, liberata finalmente dal retaggio concettuale derivante dall'analogia domestica, ha consentito una nuova argomentazione «per principi», svolta per intero all'interno dell'ordinamento internazionale e tesa a celebrarne il carattere *self-contained*¹⁷.

Questi precedenti devono aver pesato nella giurisprudenza che, in maniera vieppiù consapevole, forniva quindi una elaborazione compiuta dei principi propri dell'ordinamento internazionale, traendoli dalla struttura stessa dei rapporti giuridici che si venivano instaurando in tale ordinamento.

È in tale prospettiva concettuale, dunque, che la Corte internazionale di giustizia elaborava, nella celebre sentenza relativa al *Pasaggio nello stretto di Corfù*, l'idea della esistenza di «*certaines principes généraux et reconnus, tels que les considérations élémentaires d'hu-*

¹⁵ Corte penale internazionale, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Camera preliminare I, Decision on the final system of disclosure and the establishment of a timetable, Annex I, Discussion of the decision on the final system of disclosure, 15 maggio 2006, in particolare si vedano i parr. 14 e ss.

¹⁶ Cfr. ANTONIO CASSESE, PAOLA GAETA, «Cassese's International Criminal Law», Oxford, Oxford University Press, 2013, 13.

¹⁷ Per varie posizioni in argomento, cfr. J. VERHOEVEN, «*Droit international public*», Larcier, Bruxelles, 2014, 349 ss.; P.-M. DUPUY, «*Droit international public*», Dalloz, Paris, 2010, 376; A. CASSESE, «*International Law*», Oxford University Press, Oxford, 2005, 46 ss.; E. CANNIZZARO, «*Diritto internazionale*», Torino, Giappichelli, 2014², 127 ss.

manité, plus absolus encore en temps de paix qu'en temps de guerre», che tanto influsso dovevano avere sull'impetuoso successivo sviluppo del diritto umanitario, oltre che dei diritti umani¹⁸.

Esemplare l'argomentazione per principi svolta dalla Corte. Ad essa si poneva il problema di verificare se esistesse un obbligo per uno Stato di avvertire dell'esistenza di un campo minato una nave in transito in zone marine sottoposte alla propria giurisdizione. Una tale regola, a ben vedere, esisteva da tempo nell'ordinamento internazionale, seppur limitata nel suo ambito di applicazione a situazioni di conflitto bellico. Or bene, la Corte ha tratto da tale regola, attraverso un procedimento di astrazione, un principio: una «*considération élémentaire d'humanité*», dalla quale, attraverso un eguale e contrario procedimento di concretizzazione, ha ricostruito l'esistenza di una regola del tutto analoga, applicabile però, a più forte ragione, in tempo di pace.

La Corte provvedeva a rafforzare tale procedimento induttivo attraverso un argomento di impressionante capacità persuasiva: un principio di umanità applicabile in tempo di guerra, deve valere, a più forte ragione, in tempo di pace. Inutilmente si cercherebbe di ricostruire una tale conclusione in termini di *analogia iuris*. Sarebbe molto difficile applicare una regola specifica del diritto di guerra all'amplissimo campo del diritto della pace. Le cose mutano, però, alla luce di un argomento sviluppato per principi: se il principio di umanità riesce a concretizzarsi in una regola di condotta in tempo disumano, esso deve, a più forte ragione, esprimere una regola di condotta in tempo di normalità. L'argomento per principi ha quindi consentito di estendere in via generale l'ambito di applicazione di una regola originariamente confinata a situazioni eccezionali.

La sentenza relativa al passaggio nello stretto di Corfù è la prima espressione, nella prassi giurisprudenziale, che dimostri una matura consapevolezza dell'esistenza di principi propri dell'ordinamento internazionale, non mutuati, quindi, dagli ordinamenti domestici. Essa apre la strada ad un accentuato ricorso ai principi come fonte prodotta autonomamente dal diritto internazionale per la integrazione delle lacune.

¹⁸ Corte internazionale di giustizia, Passaggio nello stretto di Corfù (Regno Unito c. Albania), 9 aprile 1949, 22.

L'argomentazione per principi propri non è mai stata, invero, estranea alle dinamiche giuridiche del diritto internazionale. Possiamo anzi notare come la prima grande elaborazione giurisprudenziale delle categorie giuridiche internazionaliste si sia svolta essenzialmente sulla base di tale argomentazione. Posta di fronte al problema di riconciliare il postulato della sovrana eguaglianza fra Stati con la crescente sfera degli obblighi internazionali, tesi a limitare variamente tale sovranità, la Corte permanente di giustizia internazionale ha sovente fatto ricorso all'argomentazione per principi, pur se in maniera implicita e talvolta rudimentale.

Or bene, per propria natura, il rapporto fra sovranità e obblighi internazionali appare difficilmente risolvibile alla luce di principi domestici, data la difficoltà di concepire, in tali categorie, la singolare nozione di sovranità. Una volta posto all'attenzione della Corte permanente, tale problema veniva quindi risolto sulla base di un argomento «per astrazione», attraverso l'identificazione dell'interesse concreto ad avvalersi delle prerogative di sovranità, e il confronto di tale interesse con quello, di segno opposto, derivante dalla normativa internazionale che poneva limiti alla sovranità: una tipica argomentazione per principi.

Questo schema concettuale è stato applicato, in tempi ormai remoti, soprattutto nella ricostruzione di limiti alla sovranità territoriale, allora considerata come l'essenza del concetto di sovranità. L'esempio probabilmente migliore è dato dal caso *Oscar Chinn*, deciso dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel 1934¹⁹. In esso, le considerazioni concernenti la sovranità territoriale, che si esprimevano nel diritto di aumentare la tassazione nel trasporto di merci per via fluviale allo scopo di far fronte alla crisi economica nel territorio coloniale congolese, venivano composte con un limite alla sovranità territoriale, dato dal diritto di navigazione sul fiume Congo. La Corte permanente risolveva la questione sulla base di un argomento che era, invero, molto semplificato. Da un lato, il governo coloniale non intendeva interferire sulla libertà di navigazione, ma solo esercitare una tipica prerogativa di sovranità tesa a fronteggiare una seria crisi economica; d'altro lato, l'esercizio di tale prerogativa

¹⁹ Corte permanente di giustizia internazionale, *Oscar Chinn* (Regno Unito c. Belgio), 12 dicembre 1934.

incideva solo occasionalmente sulla libertà di navigazione, e in maniera eguale per tutti gli operatori.

Un tale schema concettuale, fondato sul bilanciamento fra principi sottesi a regole che tutelano interessi antagonisti, opportunamente affinato, è alla base delle moderne dottrine tese a risolvere il problema generale del rapporto che intercorre fra gli obblighi esterni e l'esercizio di funzioni pubbliche da parte dello Stato²⁰.

Uno schema del tutto analogo soggiace alla dottrina delle esigenze imperative. Questa è stata elaborata, come è noto, dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, al fine di risolvere i complessi problemi che scaturiscono dall'esistenza di limiti alla sovranità degli Stati membri in relazione agli obblighi europei in tema di libertà di circolazione dei fattori produttivi. Essa, in via generale, viene largamente applicata dai tribunali arbitrali internazionali nel determinare i nessi fra i diritti degli investitori ed i poteri dello Stato territoriale. Uno schema logico non dissimile è peraltro alla base delle dottrine interpretative atte a determinare i nessi di compatibilità fra sovranità normativa degli Stati e diritti individuali garantiti da norme esterne agli ordinamenti nazionali²¹.

5. *La circolazione dei principi: far regole domestiche con principi transnazionali*

Attraverso i procedimenti di adattamento degli ordinamenti nazionali al diritto esterno, i complessi processi di formazione di regole a partire da principi finiscono con il diventare parte degli ordinamenti nazionali. Quasi per nemesi storica, si viene quindi ad invertire la direzione del processo circolare di formazione, e di applicazione, del diritto fra principi e regole, nell'esperienza trans-ordinamentale.

²⁰ Tale schema, ad esempio, ha trovato applicazione anche al di fuori dell'ampio, ma limitato, ambito della sovranità territoriale, nella recente decisione della Corte internazionale di giustizia relativa al caso della caccia alla balena nei mari dell'Antartide. Si veda Corte di giustizia, Balene nell'Antartico (Giappone c. Australia; Nuova Zelanda interveniente), 31 marzo 2014. Si rinvia, in proposito, a E. CANNIZZARO, «Margin of Appreciation and Reasonableness in the ICJ's Decision in the Whaling Case», in «Les limites du droit international - Essais en l'honneur de Joe Verhoeven / The limits of international law - Essays in honour of Joe Verhoeven», Bruylant, Bruxelles, 2014, 449 ss.

²¹ Cfr. E. CANNIZZARO, F. DE VITTOR, «Proportionality in the European Convention of Human Rights», in «Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law» (a cura di R. Kolb e G. Gaggioli), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, 125 ss.

Pur se non del tutto sconosciuto nelle dinamiche degli ordinamenti nazionali, non vi è dubbio che tale fenomeno acquista consistenza teorica, oltre che quantitativa, soprattutto in relazione ai profili dei rapporti fra ordinamento nazionale e norme esterne. Esso, infatti, sembra alterare notevolmente il classico rapporto che intercorre fra una norma e la condotta che essa è tesa a governare. Secondo il paradigma concettuale classico, tale rapporto procede dalla norma alla condotta, nel senso che la norma esprime un contenuto normativo sulla base di una fattispecie astratta. È mediante tale contenuto, quindi, che la norma tende a governare la condotta concreta dei suoi destinatari, ogni qual volta tale condotta corrisponda, in tutto o in parte, alla fattispecie normativa astratta.

Come si è visto, invece, l'argomento per principi muove da presupposti diversi. In tale forma argomentativa, i principi non determinano un contenuto normativo applicabile ad una fattispecie. Essi, al contrario, stabiliscono solo un metodo per la ricostruzione del contenuto normativo, il quale va determinato caso per caso, in relazione a circostanze fattuali concrete. Forzando i termini della questione, si può dire che l'argomentazione per principi tende ad invertire il rapporto fra norma e condotta, nel senso che la formazione della norma non precede, ma anzi fa seguito, alla osservazione della condotta ovvero dei fatti che essa è tesa a disciplinare.

È comprensibile lo smarrimento concettuale dell'operatore giuridico di fronte al metodo di ricostruzione della norma sulla base di una argomentazione «per principi». In una dimensione sistemica, tale metodo produce, al di là del suo grande fascino teorico, una notevole indeterminatezza ed un affievolimento della certezza del diritto.

Alcuni fra gli innumerevoli possibili esempi, tratti da una prassi recente, sono appena necessari a comprendere il rilievo di tale fenomeno.

Nel determinare i nessi di compatibilità, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di norme nazionali che disciplinino in maniera retroattiva rapporti civili, la Corte europea ha indicato la necessità di accertare il grado di interferenza concreta prodotto da una norma retroattiva nazionale rispetto a principi convenzionali, fra i quali il principio dell'equo processo, ovvero quello del legittimo affidamento. L'applicazione retroattiva di norme nazionali può infatti

interferire con procedimenti giudiziari in corso, alterandone così il probabile esito. Una tale interferenza si apprezza, in massimo grado, allorché lo Stato, i cui organi legislativi abbiano adottato tale norma, sia anche parte del giudizio interno e, quindi, beneficiario dell'applicazione retroattiva della norma che esso stesso abbia adottato. D'altronde, l'interferenza della norma retroattiva sull'affidamento riposto dagli individui sulla stabilità della normazione antecedente tende a diminuire, fino a scomparire, allorché il mutamento normativo fosse prevedibile. A propria volta, la prevedibilità dipende da circostanze oggettive, quali i lavori preparatori della norma, che impediscono la formazione di un valido affidamento del cittadino nella stabilità della normativa pre-esistente, ma anche da elementi soggettivi, quali la capacità di un determinato individuo di cogliere tali indizi e, quindi, di prevedere il mutamento legislativo o, addirittura, giurisprudenziale.

Molto clamore ha sollevato una recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha accertato l'esistenza di un diritto individuale ad escludere dati personali, liberamente accessibili sulla rete internet, da parte di un «motore di ricerca» la cui attività consiste esclusivamente nel raccogliere tali dati presentandoli a qualsiasi utente li richieda: il c.d. diritto all'oblio²². Il contenuto di tale diritto, oltre che la sua portata, va peraltro determinato caso per caso, sulla base di una attività di bilanciamento fra il principio del rispetto alla vita privata e personale, da un lato, e l'interesse dei terzi a utilizzare un motore di ricerca al fine di «aggregare» e conoscere dati isolatamente accessibili sulla rete internet. La Corte di giustizia ha precisato come un tale bilanciamento vada effettuato dal gestore del motore, un soggetto privato, sulla base delle singole richieste di cancellazione presentate da un individuo²³.

²² Sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain e Google*.

²³ «(N)ella misura in cui l'attività di un motore di ricerca può incidere, in modo significativo e in aggiunta all'attività degli editori di siti web, sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali, il gestore di tale motore di ricerca (...) deve assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, delle sue competenze e delle sue possibilità, che detta attività soddisfi le prescrizioni della direttiva 95/46, affinché le garanzie previste da quest'ultima possano sviluppare pienamente i loro effetti e possa essere effettivamente realizzata una tutela efficace e completa delle persone interessate, in particolare del loro diritto al rispetto della loro vita privata. (...) (N)ell'ipotesi in cui si constati, in seguito a una domanda della persona interessata (...) che l'inclusione nell'elenco di risultati – che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome – dei link verso pagine web, (...)

Come si vede, l'argomentazione «per principi» reca con sé vaste implicazioni teoriche, e sembra porre in discussione la distinzione fra l'attività normativa, che spetta agli organi rappresentativi, e quella di interpretazione ed applicazione del diritto, che è invece propria degli organi giudiziari. Il metodo di ricostruzione di norme sulla base di principi rileva, ad un tempo, nell'una e nell'altra categoria, senza esaurirsi completamente in alcuna di esse.

6. *Effetti diretti di principi trans-ordinamentali*

Il carattere transnazionale dei principi utilizzati come elementi per la ricostruzione di norme solleva, semmai, il problema in un certo senso opposto a quello che si è appena esaminato; vale a dire il problema di vedere se i principi di origine esterna possano anche avere un contenuto normativo concreto, tale cioè da essere direttamente applicato in un giudizio interno.

Il problema degli effetti diretti dei principi esterni negli ordinamenti nazionali, sul quale tanto si continua a discutere, non va probabilmente enfatizzato. È ragionevole ritenere che il contenuto normativo di un principio ben possa essere direttamente applicato da un giudice. Esso può fondare direttamente posizioni soggettive, qualora abbia una compiutezza dispositiva tale che si possa trarre da esso un contenuto normativo completo. In mancanza, esso ben potrà produrre effetti soggettivamente meno impegnativi, ma egualmente rilevanti per la decisione di una controversia, quali gli effetti interpretativi, ovvero fungere da parametro di validità per norme che presentino un valore normativo di grado inferiore e con esso confliggenti.

È difficile quindi fondare giuridicamente l'idea che i principi non possano avere effetti diretti in quanto si limitano a stabilire un programma normativo che dovrà essere attuato da norme. Come l'esperienza giuridica mette in luce, qualsiasi proposizione normativa produce, invero, un effetto giuridico. Il carattere diretto o indiretto

è, allo stato attuale, incompatibile con il citato articolo 6, paragrafo 1, lettere da c) a e), a motivo del fatto che tali informazioni appaiono, alla luce dell'insieme delle circostanze caratterizzanti il caso di specie, inadeguate, non pertinenti o non più pertinenti, ovvero eccessive in rapporto alle finalità del trattamento in questione realizzato dal gestore del motore di ricerca, le informazioni e i link in parola di cui al suddetto elenco di risultati devono essere cancellati», par. 37 e 94.

di tale effetto non dipende, verosimilmente, da preconcetti teorici circa la sua natura giuridica, quanto bensì da circostanze concrete, attinenti al contenuto ed alla portata della norma, nonché alle interazioni normative nell'ordinamento nel quale essa spieghi efficacia.

Nell'ordinamento dell'Unione europea, il carattere diretto o indiretto degli effetti di un principio dipende altresì da un ulteriore elemento.

Come è noto, in tale ordinamento i principi relativi ai diritti individuali fondamentali non sono, in via generale, oggetto di una competenza dell'Unione. Essi costituiscono piuttosto un limite normativo posto all'esercizio delle competenze di tale ente. Questa circostanza, è bene sottolineare, non dipende da questioni teoriche. Essa è semplicemente il riflesso, sul piano normativo, della natura funzionale dell'ordinamento dell'Unione e, quindi, della circostanza che gli Stati membri non abbiano inteso conferire all'Unione la competenza ad agire per la protezione dei diritti fondamentali. L'esistenza di norme relative alla tutela dei diritti fondamentali non costituisce, quindi, un esercizio di competenza da parte dell'Unione. I principi relativi ai diritti individuali fondamentali, quindi, sono stati inizialmente considerati come immanenti al sistema dei Trattati, al fine di evitare che il trasferimento all'Unione di competenze, esercitate in precedenza dagli Stati membri, creasse una sfera normativa priva di limiti analoghi a quelli esistenti negli ordinamenti nazionali. Essi sono, oggi, codificati dai Trattati, all'art. 6, par. 3, TUE²⁴; tuttavia, tali principi generali non costituiscono una base giuridica per l'esercizio di competenze da parte dell'Unione.

La particolare genesi dei principi generali attinenti alla tutela di diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione ne condiziona tutt'ora la natura, oltre che gli effetti. La circostanza che tali principi non costituiscano un esercizio di competenza, ma solo un limite all'esercizio di competenza dell'Unione, ha come conseguenza, infatti, che essi non operano se non nell'ambito di applicazione di altre norme dell'Unione, restringendo la discrezionalità delle Istituzioni e determinando un limite di legittimità a tali altre norme dell'Unione.

²⁴ «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Da tali constatazioni, si può trarre una conseguenza ulteriore, attinente agli effetti di tale speciale categoria di principi. Se essi operano esclusivamente nell'ambito di applicazione di altre norme dell'Unione, è ragionevole ipotizzare che tali principi non possano alterarne la natura e, in particolare, produrre, in congiunzione con tali norme, effetti giuridici che esse non sarebbero, isolatamente intese, capaci di produrre.

L'esempio migliore che se ne può dare riguarda l'effetto prodotto dai diritti fondamentali nell'ambito di applicazione di una direttiva. È noto che le direttive, secondo una dottrina tenacemente sostenuta dalla Corte di giustizia dell'Unione, non possono produrre direttamente situazioni soggettive individuali destinate ad essere invocate nei confronti di altri soggetti individuali; esse non possono, in altri termini, produrre effetti diretti orizzontali²⁵. Or bene, l'invocazione, nell'ambito di applicazione di una direttiva, di un principio generale che tuteli diritti fondamentali non può, di per sé, giustificare la produzione di posizioni soggettive compiute ad opera di tale atto. In caso contrario, evidentemente, il principio invocato non costituirebbe solo un limite nei confronti della direttiva ma, al contrario, ne incrementerebbe la capacità normativa.

Questa posizione è stata accolta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Dopo qualche iniziale esitazione, nella sentenza AMS, la Corte ha indicato che l'invocazione di un diritto garantito dalla Carta dei diritti fondamentali, congiuntamente ad una direttiva, non consente l'applicazione di questa ultima in rapporti giuridici intercorrenti fra persone fisiche e giuridiche²⁶.

Nel pervenire a tale conclusione, tuttavia, la Corte ha richiamato la distinzione fra norme e principi che i redattori della Carta dei diritti fondamentali hanno, non del tutto perspicuamente, incluso all'art. 52, par. 5²⁷. Sulla base di tale distinzione, la sentenza ha

²⁵ Cfr. E. CANNIZZARO, «Diritti 'diretti' e diritti 'indiretti': i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana», in «Il diritto dell'Unione europea», 2012, 23 ss.

²⁶ Corte di giustizia (GS), Association de médiation sociale (AMS), causa C-176/12, 15 gennaio 2014, in avanti.

²⁷ «Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti».

indicato come una norma che garantisce un certo diritto «*nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali*» costituirebbe un principio il quale «*per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale*»²⁸.

Se valutata in una prospettiva di teoria generale, una tale affermazione non appare molto felice. Essa ingenera, infatti, l'idea secondo cui l'effetto normativo di un principio dipenda, paradossalmente, dall'esistenza di una normativa di attuazione. Dato, inoltre, che i diritti vanno invocati, generalmente, nei confronti delle autorità pubbliche, non sembra ragionevole far dipendere l'effetto di un diritto, proprio di un individuo, dalla volontà dei soggetti contro i quali, in definitiva, tale diritto dovrà essere invocato. Nei moderni sistemi di tutela dei diritti dell'uomo, l'esigenza di regolamentare l'esercizio dei diritti fondamentali, nonché di effettuare un bilanciamento con altri interessi, soprattutto di tipo collettivo, con essi confliggenti, ben giustifica una normativa di attuazione la quale, però, non costituisce una condizione di efficacia dei diritti, già perfettamente azionabili di per sé, ma ne determina le condizioni di applicazione, entro limiti di ragionevolezza e di proporzionalità.

Nel negare gli effetti diretti di un diritto fondamentale, e nel condizionarne l'esercizio alla adozione di norme di attuazione aventi, quelle sì, effetti diretti, la Corte di giustizia sembra aver quindi valorizzato oltre modo la distinzione fra norme e principi enunciata, in maniera peraltro sommaria, dall'art. 52, par. 5 della Carta dei diritti fondamentali.

È però ben difficile attribuire a tale distinzione un rilievo epistemologico. Non vi è, infatti, un criterio generalmente accettato al fine di tracciare tale distinzione. Né si può ritenere che un principio, a differenza di una norma, abbia, fra le sue caratteristiche, quella di essere condizionato nel suo effetto normativo dall'adozione di una normativa di attuazione.

Nella storia del pensiero giuridico, tale distinzione ha sovente acquisito un connotato politico. L'attribuzione della qualifica di principio è stata sovente utilizzata al fine di ridurre, fino al punto di eliminare, l'effetto innovativo di regole poste normalmente a tutela di diritti individuali. Tale è stato, verosimilmente, l'intento con il

²⁸ Sentenza AMS, par. 45.

quale le norme programmatiche della Costituzione italiana sono state talvolta qualificate come principi. Tale potrebbe essere anche l'intento alla base della distinzione fra principi e norme nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali. Se si dovesse accogliere il criterio enunciato nella sentenza AMS – e cioè annoverare alla categoria dei principi le disposizioni della Carta che assegnano al legislatore nazionale, o dell'Unione, il potere di determinare casi e condizioni di applicazione – il risultato non sarebbe, dunque, molto edificante. Formule del genere sono infatti presenti pressoché esclusivamente nelle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali che riguardano diritti di tipo sociale²⁹.

Nell'esperienza giuridica dei rapporti fra ordinamenti, la distinzione fra norme e principi sembra quindi talvolta celare l'intenzione di evitare l'applicazione, negli ordinamenti statali, di norme transnazionali attinenti, in specie, alla tutela dei diritti fondamentali³⁰. La categoria dei principi sarebbe piegata all'esigenza di evitare la sottoposizione degli ordinamenti statali all'influsso benefico degli ordinamenti transnazionali. Sarebbe il peggior servizio che si possa rendere ad una nobile categoria, che tanta parte ha avuto nel promuovere l'evoluzione della civiltà giuridica nell'ultimo secolo.

²⁹ Oltre all'art. 27, tale formula è utilizzata dall'art. 34, in tema di sicurezza sociale, dall'art. 35, in tema di diritto alla salute, dall'art. 36, in tema di accesso ai servizi d'interesse economico generale. Si veda, peraltro, Corte di giustizia, Glatzel, causa C-356/12, 22 maggio 2014, par. 74 e ss., che qualifica l'art. 26 della Carta, concernente i diritti delle persone disabili, fra le disposizioni che esprimono principi e, quindi «non può, quindi, conferire di per sé ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azionabile» (par. 78).

³⁰ Cfr. la nota sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, 542 U.S. 692 (2004).

1. Il diritto amministrativo, nella sua parte generale, come disciplina giuridica delle pubbliche amministrazioni come organizzazioni e dell'esercizio della funzione di amministrazione nelle sue varie forme, si fonda in larga misura su principi di formazione giurisprudenziale. Principi che la giurisprudenza del Consiglio di Stato supportata dalla dottrina, ha elaborato a partire dalla nostra vicenda formativa nella seconda metà dell'800 sulla base dei caratteri fondamentali dello Stato di diritto poi evolutosi in Stato costituzionale.

I principi dell'organizzazione e dell'azione amministrativa vengono modellati intorno al principio generalissimo e fondante di questo tipo di Stato, che gli apparati di governo, e la pubblica amministrazione in specie, sono strutture serventi interessi della collettività

Si veda in dottrina, sul versante della tutela del legittimo affidamento nell'ambito dei rapporti con la Pubblica Amministrazione, con ampia trattazione anche di teoria generale sul principio di buona fede come principio costituzionale generale non scritto, con attenta distinzione tra buona fede oggettiva, buona fede soggettiva e affidamento, il noto e sempre valido saggio di F. MERUSI, *L'Affidamento del cittadino*, Milano, 1970 (ri pubbl. in *Buona fede e legittimo affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2006, insieme ad altri studi). Successivamente F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995, nonché l'ampia rassegna di G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in *www.sspa.it*, e il saggio di M. GIGANTE, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in *Dir. soc.*, 2009.

Sul principio del legittimo affidamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale (con particolare riferimento al problema della retroattività della legge), P. CARNEVALE, *Al fuggir di giovinezza ... nel domani si ha più certezza*, in *Giur. cost.*, 1999; *La tutela del legittimo affidamento ... cerca casa*, in *Giur. cost.*, 2011; M. GIGANTE, *Leggi di interpretazione autentica, principio di intangibilità del giudicato e tutela del legittimo affidamento nella sentenza della Corte costituzionale n. 209 del 2010*, in *Riv. giur. ed.*, 2010. Molto perspicua la nota di A. PACE, *Il fondamento del legittimo affidamento non sta nella ragionevolezza intrinseca della lex posterior sabbene negli auto vincoli della lex anterior*, in *Giur. cost.*, 2012. V. anche S. SPUNTARELLI, *La buona fede quale parametro di giudizio per la tutela del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2009.

Sul problema della retroattività della legge, con ampia prospettiva anche in ordine al principio del legittimo affidamento M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007.

e in tutto il loro agire nonché nelle regole dell'organizzazione, delinate intorno alle esigenze della funzione, si collocano in una posizione che non è di autonomia ma è sempre funzionalizzata al perseguimento di fini stabiliti dalla legge, e intesi alla soddisfazione di interessi della collettività. E così, il concetto stesso di atto amministrativo come quello attraverso il quale nelle sue diverse manifestazioni si esercita il potere amministrativo, i modi della sua formazione attraverso un procedimento articolato in atti e in fatti tra loro collegati in sequenza progressiva; procedimento nel quale devono essere compiutamente acquisiti i fatti e gli interessi in gioco, al fine di evitare arbitrarietà, parzialità o ingiustizia delle scelte; la disciplina dell'efficacia dell'atto amministrativo come quella caratterizzata dall'esecutività, in determinati casi anche mediante coazione sui destinatari; la disciplina dell'autotutela che consente all'amministrazione di rivedere i propri atti in caso di accertata illegittimità o di difformità rispetto ad esigenze originarie o sopravvenute di tutela di interessi pubblici; e così via.

Si tratta di una serie di elementi di disciplina generale i quali solo di recente, nell'ambito della legge generale sul procedimento amministrativo del 1990 e della relativa novella del 2005, hanno trovato una qualche formulazione legislativa; ma precedentemente sono stati costantemente seguiti nella prassi amministrativa e nella giurisprudenza sulla base di principi elaborati dalla giurisprudenza stessa. Si pensi ancora a tutta l'elaborazione della discrezionalità amministrativa, che ha condotto alla trasformazione degli spazi di libera scelta lasciati dal legislatore alle pubbliche autorità nell'esercizio dei poteri ad esse affidati, in uno spazio decisionale controllabile dal giudice nel suo itinerario formativo e nei suoi esiti, sulla base di principi elaborati nell'ambito della costruzione del vizio di eccesso di potere.

Si può dire che nessuna materia come il diritto amministrativo sia permeata e per lungo tempo sia vissuta esclusivamente, di principi in assenza di una legislazione positiva, nell'esperienza dello Stato moderno. Senza questa elaborazione e a prescindere da singole norme di legge, la natura stessa dello Stato di diritto, come quello nel quale le funzioni di governo sono esercitate nell'ambito di norme predeterminate e sono intese alla cura di interessi della collettività e quindi di interessi eteronomi rispetto ai detentori del potere e perciò

indisponibili, non avrebbe potuto acquistare i contorni che ne caratterizzano la configurazione quale ormai consolidata nella nostra esperienza costituzionale.

Che questi principi abbiano valore e forza normativa è un dato fuori discussione. Si tratta di norme (il noto dibattito su questo punto, in dottrina, nella nostra materia, riceve una chiara risposta dall'esperienza positiva) a contenuto massimamente generale, applicabili a una serie assai vasta di fattispecie (nel nostro caso a tutte le fattispecie ascrivibili al tipo atto amministrativo, o potere amministrativo) direttamente dalla giurisprudenza (ovvero dalle autorità amministrative nel loro agire); e concretamente applicati dalla giurisprudenza che sanziona la loro violazione con l'annullamento degli atti adottati. La violazione dei principi nell'ambito di questa esperienza è del tutto equiparata alla violazione di singole norme di legge che come norme di diritto pubblico sono cogenti in tutti i loro aspetti. La violazione di singole norme di legge si traduce nel vizio di violazione di legge e di incompetenza, la violazione dei principi che reggono l'esercizio della funzione secondo l'elaborazione giurisprudenziale, si traduce nel vizio di eccesso di potere nelle sue diverse forme, sviamento, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento, e così via. E ancora, secondo i più recenti sviluppi dell'ordinamento, la violazione dei principi come anche delle singole norme di legge, può dare luogo, ove ve ne siano i presupposti generali, alla tutela risarcitoria per danni prodotti in capo a soggetti terzi.

Si tratta in genere di principi inespressi, a volte tuttavia ricavati in deduzione da norme espresse, che nell'ordinamento più recente, tendono ad essere tradotti in norme positive (e perciò divengono espressi), come nelle leggi generali sopra citate.

Il valore normativo dei principi, com'è noto, è diverso a seconda dei diversi livelli gerarchici ai quali vengono elaborati. Principi di rango costituzionale (o superprimario) che oggi non sono solo quelli fissati dalla Costituzione o elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, ma anche quelli fissati dalle fonti europee e soprattutto quelli elaborati dalla giurisprudenza delle Corti europee. Principi di rango ordinario, quelli formulati o elaborati dalla nostra giurisprudenza e a volte fatti propri da norme positive. Adesso, com'è noto, molti di codesti principi già elaborati, segnatamente dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno acquistato rango costituzionale

in virtù della giurisprudenza della Corte costituzionale che configura alcuni di essi (come quelli relativi alla partecipazione degli interessati ai procedimenti, come quelli relativi alla trasparenza amministrativa, come quelli intesi ad assicurare anche attraverso norme organizzative il principio di imparzialità, ai sensi dell'art. 97 Cost.) come principi costituzionali e perciò vincolanti per il legislatore come per l'interprete. Vi è stato da noi come in altri Paesi (in Francia e in Germania sul punto è in atto un vivace dibattito) un fenomeno di progressiva costituzionalizzazione dei principi e delle regole dell'azione amministrativa e in misura minore dei principi della organizzazione amministrativa.

2. Tutto l'insieme dei principi in ordine all'esercizio dell'azione amministrativa è inteso ad assicurare che detto esercizio avvenga nell'interesse pubblico, della collettività (alla cui cura la pubblica amministrazione è asservita). E così, il principio del vincolo del fine, che significa che nell'esercizio del potere l'amministrazione deve perseguire gli interessi stabiliti dalla legge e dimostrare ciò in concreto, il principio della completezza dell'istruttoria e dell'acquisizione puntuale degli interessi coinvolti, che significa non arbitrarietà ma adeguata ragionevolezza delle scelte sulla base di fatti o di interessi puntualmente acquisiti e valutati, il principio dell'autotutela, che consente all'amministrazione di rivedere i propri atti per conformarli ad esigenze emerse dell'assetto degli interessi della collettività. Insomma, un agire caratterizzato in modo tale, da far prevalere in ogni caso la soddisfazione di questi interessi, applicando correttamente le norme di legge a ciò finalizzate.

Ma nell'evoluzione dell'ordinamento, via via si consolida in giurisprudenza l'esigenza che l'azione amministrativa sia tenuta a tutelare, al di là dell'interesse pubblico (della collettività), la posizione dei terzi (il diritto amministrativo come diritto dei terzi, nell'efficace espressione di Nigro), di coloro che dell'esercizio del potere subiscono gli effetti, ovvero che legittimamente pretendono che la pubblica amministrazione produca effetti (favorevoli) nella loro sfera giuridica, i cui contenuti si arricchiscono di situazioni soggettive protette (diritti e interessi legittimi) di sempre maggiore consistenza.

Emblematica a tale riguardo è la vicenda del contratto (i contratti pubblici, segnatamente nella materia degli appalti). La stipula-

zione del contratto è preceduta da un procedimento, inteso all'origine nelle nostre leggi di contabilità, ad assicurare il miglior assetto contrattuale possibile in termini economici ed operativi nell'interesse della pubblica finanza (interesse prettamente aziendale); ma nello sviluppo della giurisprudenza la disciplina del procedimento di formazione del contratto si trasforma in prescrizioni che l'amministrazione deve seguire a tutela dei terzi, cioè di coloro che partecipano al procedimento inteso all'aggiudicazione, che costituisce il prodromo del contratto, e viene configurato come atto amministrativo autonomamente impugnabile (*détachable*). La posizione del partecipante alla gara (dell'aspirante all'aggiudicazione) diventa giuridicamente protetta come interesse legittimo, tutelato dal giudice amministrativo.

La posizione del terzo acquista vieppiù la natura di situazione protetta (come il diritto soggettivo) che nasconde interessi sostanziali (beni della vita) la cui soddisfazione a determinate condizioni è garantita dall'ordinamento. La posizione dell'impresa partecipante alla gara per l'aggiudicazione del contratto che presenta la migliore offerta si traduce nella pretesa sostanziale ad ottenere l'aggiudicazione del contratto stesso. La soddisfazione in concreto dell'interesse pubblico, dal punto di vista dell'amministrazione, nell'ambito delle diverse manifestazioni dell'azione amministrativa, deve fare i conti con l'esigenza di soddisfare le pretese sostanziali dei soggetti terzi, laddove esse trovano consistenza in disposizioni di legge, interpretate dalla giurisprudenza sulla base di detti principi.

Sul punto, com'è noto, la svolta significativa sul piano della tutela giurisdizionale dell'interesse dei terzi come interesse sostanziale, nei confronti dell'azione amministrativa (quasi proiettato alla dimensione del diritto), è avvenuta solo di recente, con l'introduzione nel processo amministrativo dell'azione risarcitoria prima, con la legge n. 205/2000, e dell'azione di adempimento poi, con il Codice del processo amministrativo del 2010; azioni intese a tutelare, appunto, interessi a carattere prettamente sostanziale, veri beni della vita del soggetto agente nei confronti della pubblica amministrazione, garantiti dalla legge, la cui violazione comporta il risarcimento dei danni prodotti, e, a determinate condizioni, l'ordine impartito all'amministrazione di adottare gli atti e perciò produrre gli effetti intesi ad assicurare la soddisfazione di quelle pretese.

3. Nell'esercizio della discrezionalità amministrativa si intensifica il profilo della comparazione degli interessi pubblici con gli interessi (privati, ma protetti) dei terzi. Il principio di proporzionalità, antico nella nostra tradizione scientifica fin dall'opera di Romagnosi, che si configura come particolare declinazione del principio di ragionevolezza, sempre più viene ad incidere sulle scelte discrezionali dell'amministrazione in modo tale che esse a loro volta non incidano su interessi di cittadini, di soggetti terzi, al di là dello stretto necessario per la tutela e la soddisfazione di interessi della collettività. Nell'ambito della giurisprudenza europea, le due articolazioni del principio, nella *suitability* e nella *necessity* costituiscono una forte sottolineatura dell'esigenza di tutela della posizione (della libertà) dei privati rispetto all'intervento pubblico, laddove si tratta dell'esercizio di poteri ablatori o restrittivi o soppressivi dei diritti, o comunque delle situazioni di vantaggio, dei privati, consolidate (anche) in virtù di precedenti atti delle autorità amministrative.

Il principio, dunque, sulla base dell'influsso europeo, riceve una sottolineatura più forte rispetto alla nostra versione tradizionale, nel senso della protezione delle posizioni private a fronte di misure che pur astrattamente conformi all'interesse pubblico, non siano tuttavia strettamente necessarie, così da giustificare il sacrificio delle posizioni private stesse, assumendo un connotato garantistico della posizione dei terzi che prima non aveva.

E qui emerge nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, il principio del legittimo affidamento. Emerge più tardi e in esso si esprime più chiaramente ancora che nel principio di proporzionalità, l'esigenza della tutela delle posizioni dei terzi a fronte dell'esercizio dei poteri amministrativi.

Il principio deriva dal principio di buona fede oggettiva (come regola di condotta: comportarsi correttamente, ciò che invero è regola insuperabile nell'esercizio del potere, in virtù dei predetti principi) ma si sostanzia attraverso la buona fede soggettiva (come situazione psicologica di ignoranza od errore circa la legittimità o la liceità di propri atti o comportamenti, in cui un soggetto senza sua colpa si trova in virtù del comportamento dell'altra parte). È principio generale che permea tutto l'ordinamento e domina i rapporti civili, com'è noto, ma, nell'esperienza più recente, entra a pieno titolo tra i principi generali dell'azione amministrativa. E al di là dei rap-

porti amministrativi, investe come principio di rango costituzionale la legittimità di scelte legislative che irragionevolmente intervengano a modificare situazioni pregresse, con effetto retroattivo.

Da una parte abbiamo un certo comportamento di un soggetto (atti e fatti dell'amministrazione nell'ambito di un rapporto con un soggetto terzo), che genera nell'altro soggetto l'aspettativa a che il primo continui a comportarsi nello stesso modo (che l'amministrazione adotti atti nel prosieguo del rapporto coerenti con il suo precedente comportamento), che si mantenga coerente con se stesso. E in conseguenza, il terzo che si attenga nel suo agire a tale acquisita convinzione (circa la legittimità dei propri atti o la liceità dei propri comportamenti) non si trovi successivamente «smentito» da un cambiamento «di rotta» nella posizione dell'amministrazione.

Il principio, così formulato, si può tradurre nella illegittimità degli atti amministrativi adottati nei confronti di un soggetto in contraddizione con i precedenti (pur essendo questi, al limite, illegittimi o erronei) ovvero nella liceità/legittimità di comportamenti o atti del soggetto stesso (o la non punibilità/sanzionabilità) posti in essere nella convinzione (prodotta dal precedente comportamento dell'altra parte) della loro liceità/legittimità. Il legittimo affidamento in tal modo prodottosi nella sfera soggettiva di questi, si traduce in una componente della situazione soggettiva protetta (diritto o interesse legittimo); come tale tutelata, secondo diverse modalità, a volte mediante azioni a carattere costitutivo il cui accoglimento si traduce nell'annullamento degli atti adottati in violazione, o azioni dichiarative della nullità, a volte mediante azioni di condanna, segnatamente risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione, anche a fronte di atti da essa adottati, che presi in se stessi, nella loro statica individualità, possano risultare legittimi (nel senso della mera conformità alla legge). Qui il principio del legittimo affidamento, che attiene alla certezza delle situazioni giuridiche, viene a costituire limite all'applicazione dello stesso principio di legalità (ma invero, è esso stesso applicazione del principio di legalità inteso in senso pienamente sostanziale).

Si tratta dunque di un profilo assai delicato nei rapporti di diritto pubblico (nei quali tuttavia è ormai convinzione acquisita che operi, anche in essi, il principio generale di buona fede) e se ne ha riscontro nella perplessità della giurisprudenza (nell'ambito delle varie

giurisdizioni che fanno applicazione del principio) che spesso sembra operare con un approccio «caso per caso», ma anche nel dato che assai di rado la proclamata tutela del legittimo affidamento si traduce nell'annullamento di un atto amministrativo, o nella dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge, e così via; ma più spesso si argomenta per il superamento, in virtù di superiori interessi ovvero perché comparativamente ponderata in modo adeguato, della tutela del legittimo affidamento a fronte di atti dei pubblici poteri.

Resta problematica, nella pluralità dei casi di specie, sia l'individuazione dei caratteri (degli elementi) del comportamento dell'affidante (qui è un pubblico potere) tali da ingenerare legittimo affidamento nell'altra parte (che non necessariamente coincidono con difetti di correttezza, di buona fede oggettiva) sia l'individuazione delle condizioni, di carattere eminentemente soggettivo, necessarie per considerare formatosi in capo all'altro soggetto un affidamento legittimo e perciò tutelabile a fronte della successiva azione del pubblico potere.

4. Innanzitutto il principio del legittimo affidamento opera sul piano costituzionale, come principio in ordine alla legittimità delle leggi (segnatamente di leggi retroattive). La Corte costituzionale ne ha fatto molteplici applicazioni, dichiarando in alcuni casi la illegittimità costituzionale di leggi retroattive laddove «*trasmodino in un regolamento irragionevole di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti*» (Corte cost. n. 211/97, n. 390/95).

È noto che il divieto di retroattività delle leggi, secondo la Corte, è limitato alla materia penale (art. 25 Cost.) e perciò al legislatore «*non è inibito emanare norme con efficacia retroattiva a condizione, però, che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti* (Corte cost. n. 229/99)», tra i quali «*l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica che, quale essenziale elemento dello stato di diritto, non può essere lesa da disposizioni retroattive*» (Corte cost. n. 416/99).

Con riguardo ai rapporti di durata, la Corte riconosce che il legislatore possa intervenire apportando alle precedenti discipline modificazioni anche significative, segnatamente laddove si tratta di armonizzare dette discipline a sopravvenute e preminenti esigenze di

armonizzazione normativa e di equilibrio finanziario (v. part. Corte cost. n. 1/011 in materia di trattamenti pensionistici).

La questione, sul punto, si pone adesso con rinnovata attualità, in ordine alle recenti disposizioni che hanno introdotto incisive riduzioni nei trattamenti retributivi dei dipendenti pubblici (part., art. 13 d.l. n. 66/2014, conv. l. n. 89/14).

In ogni caso la violazione del principio del legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che trova «*copertura costituzionale nell'art. 3 Cost.*» (n. 166/012), quale «*elemento fondante dello stato di diritto*» (Corte cost. n. 302/010, n. 236, 206/09) si verifica soltanto laddove venga lesa la consolidata «*fiducia nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio (dato dai caratteri propri di esso nel contesto dell'ordinamento vigente) in presenza di un intervento normativo incidente su tale fiducia in modo del tutto sproporzionato*» (Corte cost. n. 166/012).

Questa fiducia deriva dai contenuti della legge anteriore che viene modificata, tali cioè, rapportati al contesto ordinamentale nel quale la legge è situata, da indurre i destinatari a confidare nella stabilità nel tempo dell'«*assetto regolatorio*» a fronte del quale (dati i suoi caratteri, da valutare caso per caso) «*l'intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato*».

Autorevolmente viene sottolineato che «*la valutazione della ragionevolezza della lex posterior non può che essere effettuata alla luce della lex anterior*» (A. Pace).

Si tratta di una declinazione del principio di ragionevolezza, in ordine alla legittimità delle leggi, da considerare non (solo) in termini oggettivi, come ragionevolezza della misura legislativa in sé, ma nel suo risolto soggettivo, come quella che va ad incidere su posizioni consolidate dei cittadini, che abbiano fatto legittimo (perché ancorato a chiari contenuti normativi) affidamento («*sicuro e giustificato affidamento*») sulla permanenza in vigore di una precedente disciplina.

5. Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, il principio ha avuto (per quanto attiene ai rapporti di diritto pubblico, al di là delle diffuse applicazioni in materia civilistica) importanti applicazioni nella materia tributaria, dove si riscontrano situazioni nelle quali il comportamento dell'amministrazione finanziaria a fronte di

determinati contribuenti (comportamento *in fatto* ovvero tradotto in atti anche a carattere interlocutorio) ha fatto «apparire» come legittima (in senso favorevole al contribuente) un'applicazione della legge che viceversa legittima non è e perciò successivamente repressa.

In materia, come è noto, il principio è espresso a chiare lettere nello Statuto del contribuente (art. 10, l. 27.7.2000 n. 212), norma tuttavia ritenuta «*espressiva di principi generali, anche di rango costituzionale, immanenti nell'ordinamento tributario anche prima della legge n. 212 del 2000*» (Cass. n. 21513/06).

In un caso, portato all'attenzione della Corte nel 2002, l'Amministrazione aveva prima contestata una violazione della disciplina IVA e indicato al contribuente la facoltà di avvalersi di una disposizione di condono, e adottato un formale provvedimento di archiviazione del procedimento impositivo, ma poi agiva in via di autotutela emettendo nei confronti dello stesso contribuente un provvedimento impositivo a rettifica del provvedimento di archiviazione.

Secondo la Corte, «*non può esservi dubbio che i principi della "collaborazione", della "buona fede" e dell'"affidamento" nei rapporti tra contribuente ed amministrazione finanziaria, debbono essere annoverati tra quelli immanenti nell'ordinamento tributario ... (e perciò) qualsiasi comportamento dell'amministrazione stessa non conforme a tali canoni può essere idoneo a costituire, secondo le circostanze del caso concreto, in capo al contribuente in buona fede (in senso oggettivo), cui non sia addebitabile alcun comportamento "scorretto", una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, fondata proprio sul convincimento (buona fede in senso soggettivo) delle apparenti legittimità e coerenza dell'attività amministrativa tributaria*».

Il legittimo affidamento del contribuente si forma e produce l'effetto di determinare l'illegittimità dei successivi atti dell'amministrazione finanziaria, a fronte di una precedente attività della stessa «*idonea a determinare una situazione di apparenti legittimità e coerenza in senso favorevole al contribuente*» (Cass. n. 17576/02).

E in un caso più recente del 2013, a fronte di una domanda di condono, l'amministrazione aveva ommesso di rispondere all'istanza del contribuente ingenerando un legittimo affidamento circa la correttezza della domanda stessa, successivamente ignorata nell'intimazione di pagamento notificata. La Corte rileva che «*se è vero che spetta al contribuente la prova di aver definito la controversia per con-*

dono, di fronte alla descritta situazione, tenuto conto della reiterazione da parte dell'amministrazione di una sostanziale mancata risposta in ordine alla questione del condono (amministrazione che dichiara, peraltro, di "non essere in grado" di rispondere adeguatamente "non avendo il fascicolo cartaceo") ... non può non riconoscersi un valore determinante al rilevante "inizio di prova" fornito dai contribuenti, in attuazione del principio della tutela del legittimo affidamento del cittadino, reso esplicito in materia tributaria dalla l. 27.7.2000 n. 212» (Cass. n. 9308/013).

A fronte di circolari ministeriali successivamente modificate, la Corte esclude l'irrogabilità delle sanzioni conseguenti *«qualora il contribuente si sia conformato ad un'interpretazione erronea data dall'amministrazione in una circolare successivamente modificata ... proprio in base al principio del legittimo affidamento espressamente sancito dall'art. 10»* (Cass. n. 2133/02).

6. Nella giurisprudenza amministrativa la tutela del legittimo affidamento emerge anzitutto a fronte di atti di autotutela (annullamento, revoca) circa i quali, come si accennava, la formulazione normativa del 2005 (che ha accolto e perfezionato principi di elaborazione giurisprudenziale) dà ampio rilievo alla necessaria valutazione dei soggetti nella cui sfera l'atto va ad incidere modificando o travolgendo situazioni consolidate sulla base di precedenti atti che vengono rimossi.

In un caso di annullamento di atti di gara per vizio del progetto tale da incidere sulla cantierabilità dei lavori, vizio tuttavia segnalato anteriormente dallo stesso aggiudicatario, il giudice ha ritenuto l'illegittimità dell'annullamento, essendo il vizio del progetto riconoscibile e anzi segnalato dal ricorrente e, ciò nondimeno, avendo l'amministrazione proseguito nella gara, radicando *«un affidamento legittimo sotto il profilo soggettivo»* (Cons. St., sez. V, n. 4440/012).

Rilevante, in quest'ambito, è il fattore tempo come *«tratto distintivo dell'affidamento, che (lo) rende stabile; il passaggio del tempo è un fattore che rafforza ... la convinzione della spettanza del bene della vita e, per l'effetto, limita e/o condiziona il potere pubblico di mettere nel nulla l'attribuzione iniziale»*.

In un caso di annullamento di un'autorizzazione all'installazione di cartelli pubblicitari, il giudice amministrativo ha rilevato l'illegitti-

mità del provvedimento di autotutela, basato solo sulla ritenuta illegittimità del provvedimento originario, senza alcun accenno, non solo alla presenza di «*un interesse pubblico, concreto ed attuale, diverso dal mero ripristino della presunta legalità violata*», ma altresì senza alcuna «*valutazione comparativa con l'interesse del ricorrente a conservare l'utilizzo degli impianti sino alla originaria scadenza del titolo autorizzatorio ... Tanto più necessario ove si consideri il lungo periodo di tempo trascorso tra il rilascio dell'autorizzazione e l'annullamento in autotutela, che ha sicuramente contribuito a far maturare, in capo all'odierno ricorrente, quella situazione di legittimo affidamento tutelata espressamente dall'art. 21-nonies l. 241/90*» (TAR Puglia Lecce n. 2432/014). Interessante, sul punto, che il giudice interpreta l'art. 21-nonies come quello che tutela il legittimo affidamento pur non essendo ciò espressamente previsto dalla norma.

In un caso di annullamento parziale di una concessione edilizia, per la parte della volumetria eccedente gli standard edilizi relativi alla zona, avvenuto a solo un anno di distanza dal rilascio della concessione, tempo in cui l'edificio non era ancora stato ultimato, il giudice, viceversa, non ha riconosciuto il legittimo affidamento del concessionario in quanto ha ritenuto mancante la «*buona fede*», come uno dei presupposti in presenza dei quali può affermarsi l'applicazione della tutela (Cons. St., sez. V, n. 2648/2000), ciò perché, in questo caso, la concessione edilizia era stata ottenuta in base ad una falsa rappresentazione della realtà, di cui il soggetto era evidentemente consapevole. In questo caso, il giudice ha rilevato la carenza degli elementi soggettivi necessari perché si formi in capo al soggetto legittimo affidamento tutelabile.

In un caso portato all'attenzione del Consiglio di Stato nel 2012, un'azienda ospedaliera aveva fatto ricorso contro la delibera regionale che, in via retroattiva e in un periodo avanzato dell'anno, fissava i tetti di spesa sanitaria, modificando *in peius* il regime dell'anno precedente. In merito il giudice non ha accolto il ricorso, «*date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica*» che rendevano, nel caso in specie, i tetti indispensabili, riconoscendo pertanto che l'affidamento legittimo non riceve una tutela assoluta (Cons. St. Ad. Plen., n. 3/2012).

In un recente caso di grande interesse, il Consiglio di Stato ha applicato il principio del legittimo affidamento nel dichiarare l'im-

procedibilità di un ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, con il quale erano stati impugnati atti di diniego di ammissione di un candidato al corso di laurea in medicina e chirurgia. Il candidato, a seguito dell'ammissione con riserva disposta in sede cautelare, aveva successivamente partecipato alla vita universitaria in ogni suo aspetto, frequentando «*con profitto*» il corso di laurea per un anno «*senza che la sua ammissione in sovrannumero abbia comportato problemi organizzativi o didattici all'ateneo*» (Cons. Stato, sez. VI, n. 2298/2014). Costituisce «*principio immanente del nostro ordinamento*» quello riguardante la tutela dell'affidamento nelle ipotesi di ammissione con riserva a procedure di tipo idoneativo: il principio è stato espressamente riconosciuto dall'art. 4, comma 2-*bis*, d.l. n. 115/05 conv. in l. n. 168/05. Tuttavia non applicabile nella specie *ratione temporis*, ma il Consiglio di Stato riconosce sussistente «*un (analogo) legittimo affidamento da parte del ricorrente, il quale è stato ammesso a frequentare in sovrannumero la facoltà ... ha partecipato con regolarità ai corsi e alle lezioni, ha sostenuto gli esami, senza che l'amministrazione abbia eccettuato difficoltà organizzative o l'inadeguatezza del ricorrente*». A prescindere dall'applicazione della norma espressa, il principio opera in un caso come questo, nel quale il complessivo comportamento dell'amministrazione, i fatti seguiti all'ammissione con riserva, e il legittimo affidamento da essi prodotto, superano la questione (in diritto) della legittimità dell'ammissione stessa.

7. In ambito europeo, la vigenza del principio del legittimo affidamento, come principio generale e fondamentale dell'ordinamento comunitario, è costantemente ritenuta dalla giurisprudenza della Corte. La quale tuttavia, è molto attenta nell'individuare i casi in cui un «*operatore economico prudente ed accorto*», cioè dotato degli strumenti idonei a conoscere il contesto ordinamentale del settore di cui si tratta, sia in grado di prevedere determinate misure che possono essere adottate a modifica di precedenti più favorevoli, e perciò non possa reclamare la tutela del legittimo affidamento a fronte di dette misure.

In un caso del 2006 è stato riconosciuto il legittimo affidamento dei «centri di coordinamento» istituiti in Belgio al fine di attrarvi investimenti esteri, (che vantavano un regime fiscale derogatorio), a

fronte della decisione con cui la Commissione ha vietato al governo belga di rinnovare le autorizzazioni in scadenza, notificata in pendenza della domanda di rinnovo dell'autorizzazione. Pertanto, è stato riconosciuto dalla Corte che i centri di coordinamento potevano vantare il legittimo affidamento circa la concessione di un ragionevole periodo transitorio per potersi adeguare alle conseguenze derivanti dalla citata decisione.

Sul punto la Corte ha stabilito che il principio della certezza del diritto richiede che la normativa europea sia «*certa*», che la sua applicazione sia «*prevedibile*» per i destinatari delle norme e che sia combinata con l'applicazione del «*principio di legalità*», affermando che «*il diritto di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento si estende a tutti i soggetti nei confronti dei quali un'istituzione comunitaria abbia fatto sorgere fondate aspettative*» e che, per invocare una violazione di tale principio, è necessario che l'amministrazione abbia fornito «*assicurazioni precise*». In particolare i centri di coordinamento «*avevano il diritto di nutrire un legittimo affidamento circa la concessione di un ragionevole periodo transitorio per potersi adeguare alle conseguenze derivanti dalla citata decisione*» (Belgio 22.6.2006, C-182/03, C-217/03).

In un caso di un regolamento comunitario relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, che istituisce un prelievo supplementare nel settore in questione, la Corte non ha rilevato elementi tali da inficiare l'invalidità del regolamento e ha dichiarato che il principio della tutela del legittimo affidamento può essere fatto valere «*all'operatore economico nel quale un'istituzione abbia fatto sorgere fondate aspettative*». La Corte ha precisato che «*l'operatore economico prudente ed accorto, qualora sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento comunitario idoneo a ledere i suoi interessi, non può invocare detto principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato*» (Corte di Giustizia 15.4.1997, C-22/94, principio confermato, più di recente, da Corte Giust. 14.10.2010, C-67/09).

In un caso deciso dal Tribunale di primo grado nel 1998 (17.12.1998, T-203/96), il Parlamento europeo è stato condannato a risarcire i danni prodotti a un'impresa concorrente per l'aggiudicazione di un appalto di trasporto, la quale nel corso del procedimento era stata sollecitata ad essere pronta all'attivazione del servizio in

tempi brevi, e perciò indotta a confidare nell'aggiudicazione, a fronte del successivo annullamento della gara e dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto a un'altra società.

Il Tribunale ha rilevato come il Parlamento *«da una parte, ha fatto sorgere in capo alla ricorrente il legittimo affidamento inducendola ad assumersi un rischio che va oltre quello normalmente corso dagli offerenti per una procedura di aggiudicazione e, dall'altra, ha omesso di informare la ricorrente di una modifica significativa dello svolgimento della procedura di aggiudicazione. A questo proposito, non è necessario stabilire se i dipendenti del Parlamento abbiano agito in modo scusabile. Come entità aggiudicatrice nella procedura di aggiudicazione degli appalti, il Parlamento ha l'onere di provare di aver tenuto un atteggiamento coerente e costante verso gli offerenti»* e che *«a questo proposito occorre stabilire se un operatore prudente avrebbe potuto tutelarsi dai rischi corsi nella fattispecie dalla ricorrente»*.

In un recente caso (2014) la Corte di Giustizia ha applicato il principio del legittimo affidamento a fronte del mutamento di posizione dell'amministrazione finanziaria di uno Stato, in ordine ai requisiti per ottenere l'esenzione IVA, in una cessione di beni intracomunitaria. L'amministrazione aveva dapprima stabilito detti requisiti ed accettato i documenti presentati dal fornitore come prove giustificative del diritto all'esenzione e, successivamente, aveva invece obbligato il fornitore medesimo ad assolvere all'IVA relativa a tale cessione in quanto i beni, a causa di una frode commessa dall'acquirente e sconosciuta al fornitore, non risultava avessero effettivamente lasciato il territorio nazionale (Corte di Giustizia, 9.10.2014, C-492/013).

In particolare la Corte ha stabilito che il principio della certezza del diritto, il cui corollario è il principio della tutela del legittimo affidamento, richiede, da un lato, che le norme giuridiche siano *«chiare e precise»* e, dall'altro, che la loro applicazione sia *«prevedibile per coloro che vi sono sottoposti (sentenza Plantanol, C-102/08)»*, principio che deve essere osservato con particolare rigore laddove si tratti di una normativa idonea a comportare *«oneri finanziari»*.

In un caso del 2010 la Corte, ribadito che *«il diritto di far valere il principio della tutela del legittimo affidamento spetta a qualsiasi amministrato nel quale un'istituzione dell'Unione abbia ingenerato*

fondate aspettative ... quando vengano fornite informazioni precise, incondizionate o concordanti» ha riconosciuto che «*l'assenza di limitazione esplicita nei regimi di aiuti (con riferimento a determinate categorie di imprese) non può per definizione essere equiparata ad informazioni precise, incondizionate e concordanti, fornite dalla Commissione ... in ordine al fatto che tali regimi consentivano la concessione di aiuti a favore ... di imprese in difficoltà ... e non vale dunque a fondare il legittimo affidamento quanto alla regolarità delle sovvenzioni che sono state concesse (alla ricorrente)*». Nella specie, nota la Corte che la possibilità di concedere aiuti a questo tipo di imprese secondo i principi comunitari, si presentava «*quantomeno incerta*»; e perciò l'assenza di una limitazione esplicita circa detta concessione di aiuti «*non può dar vita a precise assicurazioni idonee a ingenerare un qualsivoglia legittimo affidamento in capo alla ricorrente*» (Corte Giust. 16.12.2010 C-537/08).

8. Ho rammentato solo alcuni casi giurisprudenziali, recenti, a fronte di una giurisprudenza vastissima del giudice amministrativo e delle Corti (ampiamente analizzata in dottrina, spesso con accenti critici), solo al fine di mostrare la delicatezza (e la perplessità) dell'accertamento in concreto della sussistenza di una situazione di legittimo affidamento a fronte di atti dei pubblici poteri; cioè una situazione tale da condurre all'illegittimità dell'atto o all'eventuale risarcimento del danno prodotto dall'esecuzione dello stesso.

La questione, come si è visto, si pone sia a fronte di leggi che introducano modifiche legislative svantaggiose nella sfera patrimoniale di soggetti, consolidata in base a precedenti leggi, sia a fronte di atti amministrativi che incidano sfavorevolmente (mediante atti di autotutela ovvero mediante modifiche di assetti regolatori precedentemente definiti) su situazioni di vantaggio pregresse (fondate su precedenti atti o su precedenti assetti regolatori).

È pacifico che i pubblici poteri (a tutti i livelli di competenza) possano rivedere i propri atti per rimuoverne illegalità ovvero perché occorrono nuove esigenze di intervento nell'assetto degli interessi in gioco, in un determinato contesto economico sociale, che si possano variare piani regolatori e programmi di finanziamento, che si possano annullare atti illegittimi o revocare atti non più conformi nei loro effetti all'assetto degli interessi in gioco; e sul versante legisla-

tivo, che con legge si possano modificare *in peius* discipline che conferiscano posizioni di vantaggio a determinate categorie di soggetti con effetti retroattivi.

Ed è altrettanto pacifico, che queste operazioni, in un ordinamento come il nostro (nel contesto europeo) rigidamente ancorato ai principi dello Stato di diritto (nella loro dimensione più incisiva, che va molto al di là della mera esigenza di conformità formale degli atti dei pubblici poteri alle fonti superiori) perché siano legittime, occorre che siano ancorate a precisi canoni di ragionevolezza (ovviamente di diversa intensità relativamente agli atti legislativi e agli atti amministrativi). E nel canone della ragionevolezza è compreso anche (sul versante amministrativo) il dovere di comportarsi secondo buona fede (buona fede oggettiva), cioè tenendo conto correttamente di tutti gli interessi in gioco, emanando atti chiari nel contenuto così da poter essere comprensibili dai destinatari che debbano determinare in conseguenza le loro azioni, non occultando fatti rilevanti od omettendone l'esame, e così via. Si tratta dei noti requisiti della legittimità sostanziale dell'azione amministrativa, cui s'è accennato, insieme ad altri, canoni oggettivi che ne costituiscono lo statuto nel vigente ordinamento integrato nei principi europei. E tra questi canoni, s'è detto, vi è anche l'esigenza della valutazione specifica degli interessi dei terzi (segnatamente nei procedimenti di autotutela) che non possono essere sacrificati al di là dello stretto necessario e in determinati casi debbono essere indennizzati del sacrificio subito. Qui il principio di ragionevolezza, declinato nel principio di proporzionalità, opera nella sua dimensione più ampia.

Ma il principio della tutela del legittimo affidamento va oltre rispetto a questi canoni, perché introduce, come requisito di legittimità dell'azione dei pubblici poteri, un ulteriore elemento di valutazione, di carattere, questa volta, eminentemente soggettivo. Non si tratta più solo di valutare l'interesse protetto del terzo nella sua oggettività a fronte di atti dei pubblici poteri che ne vengono a incidere la sfera, ma si tratta di valutare se in esso si è prodotta, in virtù di atti (o fatti) precedenti dell'autorità pubblica, la ragionevole consapevolezza (l'affidamento, appunto) che un determinato assetto di interessi sarebbe rimasto stabile nel tempo, ciò che lo ha indotto a conformare in conseguenza la propria azione. Ciò può essere stato prodotto da precedenti atti e fatti, anche illegittimi, ma comunque imputabili

alla stessa autorità pubblica, tali che il soggetto confida sulla legittimità e stabilità di essi.

Il punto delicato (che resta del tutto perplesso nelle applicazioni pratiche) di questa problematica è quello di stabilire quali debbano essere i caratteri della pregressa attività pubblica tali da produrre l'affidamento del terzo circa la stabilità della stessa e perciò l'illegittimità della successiva attività pubblica che rimuova o modifichi favorevolmente gli effetti della prima.

Invero, l'esame della giurisprudenza, da quella della Corte europea sino a quella dei nostri giudici amministrativi, induce ad affermare l'impossibilità di una determinazione a priori di codesti requisiti, la cui individuazione in concreto non può che essere lasciata alla prudente valutazione del giudice, che sarà indotto anche a seguire linee interpretative differenti a seconda del settore nel quale le singole controversie insorgono con riferimento agli interessi pubblici che in esse sono coinvolti nella loro variegata intensità e preminenza. D'altro canto, il carattere eminentemente soggettivo che il rilievo del legittimo affidamento presenta nei diversi casi, necessita di un'indagine, sempre opinabile invero (e perciò necessariamente affidata alla responsabile valutazione del giudice) circa le condizioni del soggetto che reclama il legittimo affidamento in lui prodotto da precedenti atti o fatti dell'autorità pubblica. Il concetto di «operatore prudente ed accorto» della giurisprudenza europea, si colloca proprio in questa prospettiva, laddove considera che un soggetto di questo tipo, fornito delle necessarie competenze e informazioni circa le regole del settore nel quale opera, non può avere frainteso atti od operazioni che correttamente situate nel contesto loro proprio non lo avrebbero indotto in errore (ad esempio, a ritenere come stabile un determinato assetto regolatorio ovvero a interpretare la mancata menzione di una categoria di imprese, tra quelle escluse da certi benefici, come senz'altro ammesse a beneficiare degli stessi).

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I principi nel codice civile e nell'analogia. Principi e regole nella Costituzione e nel diritto europeo. – 3. Funzione dei principi come clausole generali. – 4. Responsabilità. – 5. Uguaglianza. – 6. Abuso del diritto e buona fede, ragionevolezza endocontrattuale, clausole e coerenza al tipo, abuso della personalità giuridica. – 7. Equivalenza, proporzionalità, adeguatezza. Abusi dell'autonomia. – 8. Precauzione. – 9. Ragionevolezza e bilanciamento. – 10. Sussidiarietà. – 11. L'applicazione dei principi.

1. *Premessa*

Si dice che un principio non delinea una fattispecie, ma costituisce un «peso» che incide sulla decisione¹. L'immagine è eloquente: allude all'influenza che un principio dispiega sulle norme e sulla loro applicazione. Ci torneremo su in conclusione.

Non cercherò di indagare cosa sia un principio nell'epistemologia giuridica né la sua collocazione tra gli utensili del giurista. Vorrei coglierne il ruolo nel funzionamento del diritto ricordando come alcuni principi funzionano, incidendo sulla normazione e sulle decisioni.

2. *I principi nel codice civile e nell'analogia. Principi e regole nella Costituzione e nel diritto europeo*

L'uso normativo di un principio gli imprime una specifica valenza positiva: esso diviene un parametro normativo².

¹ Un tentativo di dar conto dei contributi sui principi nel diritto sarebbe sovrappeso da grandi lacune. L'interesse della civilistica sembra oggi volto ad apprezzarne l'incidenza erosiva sull'operatività della «fattispecie». Sul punto v., di recente, con approcci diversi, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss.; A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 747 ss.; ID., *Nota breve sulla «fattispecie»*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. civ.*

Tra i contributi più recenti v. M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss.; tra quelli squisitamente teorici v. L. ALEXANDER, K. KRESS, *Una critica dei principi del diritto*, Napoli, 2014.

² V., per quanto attiene alla ragionevolezza, il mio *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 23 ss., spec. 25 s. e nota 5.

Il codice civile non era affatto aduso all'impiego del termine «principio»: i principi si ricavano dalle norme, e il tessuto normativo ne fornisce la trama. Alludeva ai principi l'art. 12 disp. prel. in tema di analogia *juris*: in caso di dubbio dopo aver avuto riguardo alle disposizioni «che regolano casi simili o materie analoghe», la decisione deve fondarsi sui «principi generali dell'ordinamento giuridico».

Durante i lavori preparatori ci si chiese se richiamare il diritto romano o il diritto naturale, che avrebbero espressamente aperto il sistema oltre le fonti scritte, ma si preferì delimitarlo alle sue risultanze normative, in una visione prettamente positivista. Oggi il tema dei principi nell'analogia si apre alla prospettiva del diritto europeo, che, formando un sistema a cui partecipano anche i diritti nazionali, rappresenta un ulteriore bacino da cui attingere principi generali.

Ma anche il diritto europeo compone l'ordinamento giuridico a cui si riferisce l'art. 12 disp. prel.: dunque non si tratta di eterointegrazione del sistema. Né lo sarebbe una integrazione – difficilmente immaginabile, data la minuziosità della normazione attuale³ – derivante dagli usi, perché anche questi sono fonti del diritto (art. 1, n. 4, disp. prel.).

La ritrosia del codice civile a dettare disposizioni impiegando il termine «principio» non toglieva che da esse si ricavassero principi. Bastino gli esempi della conservazione del contratto (artt. 1367, 1419, 1420, 1424, 1446, 1459, 1466 c.c.) e della tutela dell'affidamento (artt. 1328, 1° comma, 1428, 1431 c.c.). I principi, dunque, emergono con discrezione.

Un risalente dato testuale è nel principio di parità di trattamento delle società cooperative (art. 2516 c.c.). Un recente innesto è nell'art. 337-ter, 4° comma, c.c. (introdotto dal d.lgs. 28.12.2013 n. 154), che allude al principio di proporzionalità con riguardo alla corresponsione dell'assegno periodico per il mantenimento dei figli: un riferimento di cui si poteva fare facilmente a meno, in quanto introduce un dato lessicale senza innovare la regola che la contribuzione al mantenimento dei figli deve avvenire in proporzione alle sostanze e alla capacità di reddito.

³ A questo proposito un cenno va fatto all'aporia che si coglie tra l'anelito alla propulsione della c.d. *lex mercatoria* e la prorompente minuziosità della normazione formale.

Nella Costituzione l'espressione «principi fondamentali» è impiegata per rubricare gli artt. 1-12, che sono formulati come regole⁴. Nel testo introdotto dalla novellazione del 2001 si affacciano il principio di sussidiarietà (artt. 118, 4° comma, e 120, 2° comma) ed il principio di leale collaborazione (art. 120, 2° comma).

Nella legislazione europea, invece, il termine «principio» è molto frequente. Ne ometto una ricognizione, i cui dati resterebbero sovrastati dalle lacune.

Un'avvertenza per concludere. In tema di principi non è opportuno fare affidamento sul dato terminologico: all'etichetta non sempre corrisponde un vero principio. Ad esempio sono solo una serie di regole minuziose quelle che vanno sotto il nome di «principi contabili» in tema di bilancio.

3. *Funzione dei principi come clausole generali*

Una riflessione generale sui principi esula dal campo che mi è stato affidato, ed indurrebbe un confronto con temi e questioni che amplirebbero a dismisura il discorso senza, forse, generare un adeguato costrutto.

Mi limito a constatare che i principi vengono in considerazione nell'interpretazione, e quindi nell'applicazione, delle norme e nella dinamica di un istituto, cioè nel modo in cui essi divengono regole del caso concreto mediante un'operazione di adattamento. C'è un'assonanza tra principi e analogia, giacché l'estensione di una regola oltre il suo campo applicativo tende all'elaborazione di un principio.

I principi si risolvono in clausole generali: essi sono al contempo regole elastiche e criteri che presiedono all'applicazione di altre regole. Nei sistemi contemporanei, appieno positivistici, le norme costituiscono il parametro esclusivo della dimensione giuridica, sicché è difficile immaginare un criterio, canone, principio, clausola generale o quant'altro che possa costituirne uno strumento esterno di valutazione, perché ciò significherebbe «esternalizzare» il dato principale della giuridicità: anche quelle costituzionali, che costituiscono il parametro di legittimità delle leggi, sono, infatti, norme.

⁴ Tra i contributi recenti v. F.D. BUSNELLI, *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 9 ss.

Un compito arduo, e forse non del tutto utile, è cercare di fissare il contenuto dei principi in definizioni, il cui scopo è limitato a dettare indici convenzionali. Più acconcio e pragmatico è ricavarne il senso dall'effettività delle applicazioni giurisprudenziali, con un procedimento induttivo.

Con questa premessa passo a considerare il funzionamento di alcuni principi, classici ed 'emergenti', nel diritto civile.

4. *Responsabilità*

La responsabilità ha più significati ed impronta molte regole. Essa esprime un principio là dove costituisce un criterio di interpretazione di norme che non la prevedono.

a) Lo si riscontra nell'interpretazione delle regole sul potere gestorio nell'affermazione che la responsabilità personale per le obbligazioni di un ente con autonomia patrimoniale imperfetta implica e presuppone un potere esclusivo di gestione o il concorso nella gestione là dove non è affermato (artt. 38, 41 c.c.; la regola è invece espressa negli artt. 2267, 2291, 2313 2452 c.c.).

b) La responsabilità, intesa come auto responsabilità, ha indotto finanche la disapplicazione di norme sollecitando modifiche normative. Alludo alla decisione⁵ che ha inibito il disconoscimento di paternità al marito che aveva dato il consenso alla fecondazione eterologa della moglie, con seme di donatore ignoto.

La decisione si fondava sull'autoresponsabilità e voleva impedire l'abuso del principio di verità in funzione dell'interesse del figlio. Il bilanciamento tra verità e responsabilità è realizzato mediante il principio di solidarietà e con le sue esplicazioni espresse dai doveri di buona fede, correttezza e lealtà. Un parametro dell'irreversibilità degli effetti degli atti costitutivi di *status* si attinge anche dalla disciplina dell'adozione.

Quest'impulso è divenuto disposizione di legge – l'unica su cui si registrava un consenso unanime nella normazione sulla fecondazione medicalmente assistita eterologa – con l'art. 9, 1° comma, della

⁵ Cass. 16.3.1999 n. 2135; Corte cost. 26.9.2009 n. 347, sulla stessa linea, ha escluso l'illegittimità costituzionale dell'art. 235 c.c. rimettendo al giudice, in attesa di una disciplina sul punto, di «ricercare nel sistema vigente l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni di rilevanza costituzionale».

l. 19.2.2004 n. 40. Essa, pur avendo vietato la fecondazione eterologa – divieto ora caduto⁶ –, ha stabilito che colui che ha acquisito lo *status* di padre non può disconoscere il figlio. Anche l'art. 263 c.c., nel testo introdotto dal d.lgs. 28.12.2013 n. 154, tende a consolidare lo *status* nel limitare l'impugnazione del riconoscimento di figlio.

c) L'autoresponsabilità rileva, inoltre, nella rappresentanza apparente istituendo un bilanciamento dei doveri a carico di chi ingenera l'apparenza con la diligenza richiesta a chi vi confida.

5. Uguaglianza

Il piano dell'uguaglianza è, anzitutto, quello del regime giuridico. Sul piano del fatto la disuguaglianza costituisce il presupposto di discipline inderogabili, a partire dal diritto del lavoro per approdare ai contratti del consumatore ed all'abuso di dipendenza economica.

L'uguaglianza giuridica, cioè la parità di trattamento, non costituisce un limite all'autonomia privata, se non quando sia espressamente prevista, come per il monopolista legale (art. 2597 c.c.), l'esercente di servizi pubblici di linea (art. 1679 c.c.)⁷, e il già richiamato caso delle società cooperative (art. 2516 c.c.).

La questione si pone, in particolare, nel diritto del lavoro, dove ha un senso peculiare nella gestione accorpata della disciplina dei rapporti di lavoro attuata in sede collettiva.

L'uguaglianza, dicevamo, è impronta costante della normazione. Dunque deve caratterizzare anche la normazione di matrice privata. La sua menomazione, come è noto, costituisce, se non è sostenuta da ragioni giustificatrici, un vizio di legittimità della norma per irragionevolezza.

6. *Abuso del diritto e buona fede, ragionevolezza endocontrattuale, clausole e coerenza al tipo, abuso della personalità giuridica*

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha san-

⁶ Per effetto di Corte cost. 10.6.2014 n. 162. Per una sintesi delle questioni sul punto rinvio al mio *Intento e procreazione*, in *Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia*, 2014, n. 3, 39 ss.

⁷ V. Cass. 19.7.2007 n. 16015, a proposito della retribuzione.

cito, nell'art. 54, il «divieto dell'abuso del diritto»⁸. Il tema è antico, così come antichi i tentativi di esplicitarlo sul terreno normativo⁹.

Tra le tante possibili prospettive in tema di abuso del diritto, quella che lo collega alla correttezza (art. 1175 c.c.) e alla buona fede oggettiva (cfr. l'art. 1375 c.c.)¹⁰ ha dato maggiori impulsi. Gli anni '90 segnano uno spartiacque, col risveglio del tema dei rimedi contro lo squilibrio economico. Ma si tratta di rimedi rigidi in quanto sono praticati con la sanzione di nullità (cfr. l'art. 9 l. 18.6.1998 n. 192), la cui applicazione va plasmata in concreto avendo di mira l'interesse del contraente vittima dell'abuso.

Calato in un contesto tecnico, l'abuso del diritto oscilla tra prescrizioni funzionali e la dimensione della buona fede¹¹. Da quest'ultima si è ricavato un parametro di controllo dell'autonomia privata, applicato alle clausole contrattuali ed all'esercizio dei diritti derivanti dal contratto. Probabilmente il primo intervento, poco avvertito dalla dottrina nonostante un cauto precedente¹², risale a Cass. 2.11.1998 n. 10926, che ha impiegato la buona fede come criterio per affermare la nullità di una clausola «irragionevole» nella dinamica degli effetti del contratto: una nullità resa elastica dalla buona fede, che le conferisce una portata applicativa analoga a quella che si riscontra nell'accertamento della vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore.

In verità, la contrarietà della clausola alla buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.) risiedeva nella sua incoerenza con l'assetto di interessi fisiologicamente scaturente da quel modello contrattuale¹³: dun-

⁸ Il tenore della norma è funzionalizzato all'interpretazione della «Carta».

⁹ Da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, v. A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, cit., 749 ss.

¹⁰ V. AA.VV. (a cura di S. PAGLIANTINI), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

¹¹ Mi sia concesso il rinvio, per ulteriori dati, al mio *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 403 ss.

¹² V. L. BIGLIAZZI GERI, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, ora in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, 781 ss., spec. 784, 789, secondo cui un giudizio fondato sull'applicazione combinata degli artt. 1337 e 1366 può dar luogo, «a seconda delle circostanze», all'«accertamento della sostanziale inoperatività del regolamento posto e della necessità di procedere ad una 'correzione' dello stesso».

¹³ Si trattava di un *leasing finanziario*: la clausola accollava all'utilizzatore il rischio della mancata consegna della cosa da parte del venditore.

que, senza scomodare la buona fede, la ragione della nullità andava rintracciata nella incompatibilità con un'operazione concepita in vista del godimento di una cosa.

L'assai più nota Cass. 18.9.2009 n. 20106 fa, in concreto, un uso acconcio della buona fede, perché la impiega per sindacare l'esercizio del recesso *ad nutum*. Qui la ragionevolezza di un comportamento è indice rivelatore della buona fede¹⁴.

Ma i piani di operatività di ragionevolezza e buona fede sono solo in parte sovrapponibili. Ciò accade per la ragionevolezza «endocontrattuale», che costituisce un parametro attuativo della buona fede oggettiva, i cui riscontri normativi vedremo più innanzi.

L'idea di un abuso del diritto oltrepassa ampiamente l'area del contratto ed evoca il tema dell'abuso della personalità giuridica: qui si impiega un istituto oltre i limiti per cui è concepito. Lo «squarcia-mento» del velo – è noto – è stato praticato con tanti mezzi. Ma è opportuno avvedersi che, in luogo dei molti veicoli adoperati – responsabilità extracontrattuale, amministratore di fatto, interposizione di persona –, è più realistico plasmare la personalità giuridica secondo il suo concreto atteggiarsi, demarcando con nettezza le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio dalle altre società di capitali e comprendendo che la personalità giuridica non rappresenta un concetto rigidamente unitario e non scomponibile.

Pertanto una società di capitali può costituire, a seconda delle prospettive, al contempo, un soggetto e un cespite del patrimonio di un imprenditore. Del resto, la più recente giurisprudenza di legittimità se ne è avveduta in materia di società cosiddette *in house* partecipate da enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi¹⁵.

Ciò vuol dire che la limitazione di responsabilità non nasce dalla personalità giuridica, ma dal rispetto delle regole che la prevedono. Perciò, se la società è lo strumento di qualcuno, non vedrei ostacoli insormontabili a considerarla al contempo sia un soggetto che un mero cespite del patrimonio di chi se ne avvale, con la conseguenza che la violazione delle regole gestionali può caducare il beneficio della responsabilità limitata.

¹⁴ Ragionevolezza e buona fede si abbracciano in Cass. 11.2.2005 n. 2855, dove la prima appare un criterio per stabilire se, nella discrezionalità della scelta, un comportamento sia o meno contrario a buona fede.

¹⁵ V. Cass. SS.UU., 24.10.2014 n. 22619.

7. *Equivalenza, proporzionalità, adeguatezza. Abusi dell'autonomia*

Il tema dell'equivalenza e della proporzionalità è approdato all'attenzione dei civilisti – un'attenzione crescente a partire dagli anni '90 – essenzialmente nella prospettiva dell'autonomia contrattuale.

La proporzionalità sembra contraddire l'autonomia negoziale perché, in linea di principio, le parti sono libere di fissare l'assetto di interessi come credono¹⁶. L'esigenza della proporzionalità nasce ed opera nel diritto pubblico; nel diritto privato ha spazio nel sindacato dell'esercizio di atti autoritativi privati e delle disposizioni regolamentari private¹⁷.

Anche là dove la tutela della debolezza di fatto è più avvertita, ad es. nella disciplina dei contratti del consumatore, è precluso l'accertamento dell'adeguatezza del corrispettivo (art. 34, 2 co., cod. cons.): resta, dunque, insindacabile il c.d. «equilibrio economico».

Quando un vaglio in questo senso è consentito, esso si spinge al «cuore» del contratto, e rende la proporzionalità uno strumento per sindacare l'abuso di autonomia. Ciò accade nel già richiamato regime dell'abuso di dipendenza economica (art. 9, l. 18.6.1998 n. 192), che sanziona con la nullità – una nullità di protezione¹⁸ – il patto «attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica» di un'impresa a danno di un'altra, su determinati presupposti¹⁹. La nullità è un rimedio rigido se non è temperato da un intervento di ortopedia e manutenzione sul contratto, il quale, in difetto di norme specifiche (come gli artt. 1339 e 1419, 2° comma, c.c.), può perseguirsi facendo leva sul risarcimento in forma specifica (art. 2058 c.c.), la cui portata generale può ritenersi acquisita.

¹⁶ Un forte anelito alla generalizzazione del giudizio di proporzionalità si attinge dal pensiero di P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss.

Una emersione normativa è ora nell'art. 62 del d.l. 24.1.2012 n. 1 come modificato dalla l. 24.3.2012 n. 27 e dalla l. 17.12.2012 n. 221, su cui v. A.M. BENEDETTI e F. BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 641 ss.

¹⁷ Per un approfondimento sul tema del contratto «ingiusto» e sulla proporzionalità nell'esercizio delle autorità private v. il mio *Dieci lezioni sul contratto*, Padova, 2011, 26 ss., 127 ss.

¹⁸ Comunque rilevabile d'ufficio: da ultimo Cass. SS.UU., 12.12.2014 n. 26242.

¹⁹ Per l'applicazione generale dell'istituto v. Cass. SS.UU., 25.11.2011 n. 24906. Sul tema v. B. AGOSTINELLI, *Il patto abusivo. Fenomenologia e rimedi*, Torino, 2012.

L'inadeguatezza del corrispettivo rende nullo il contratto quando si risolve nella mancanza di causa: ma si tratta di casi limite, ad es. quando ci si impegni a pagare un corrispettivo per ricevere qualcosa a cui si ha diritto ad altro titolo²⁰.

Proporzionalità e adeguatezza vengono in rilievo quando sono richiamate da qualche norma: ad es. nell'art. 1384 c.c., in tema di riducibilità della clausola penale manifestamente eccessiva²¹.

Qualche spigolatura.

L'adeguatezza opera negli atti determinativi del dovere di mantenimento dei figli nella crisi della famiglia²². La si è applicata al licenziamento²³. Costante è l'impiego del giudizio di proporzionalità per valutare la buona fede nell'eccezione di inadempimento (art. 1460, 2° c.)²⁴, e in generale per apprezzare la non scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.) e per soppesare gli inadempimenti reciproci²⁵.

8. *Precauzione*

La precauzione opera tanto nell'obbligazione quanto nella responsabilità extracontrattuale. Nella prima è una esplicazione della diligenza nell'adempimento, ai confini del contenuto dell'obbligazione. Essa si risolve, invece, in un capitolo della responsabilità quando il danno si è prodotto, e colma i dubbi circa l'accertamento della causalità²⁶.

²⁰ V. Cass. 27.7.1987 n. 6492.

²¹ Ormai pacifica è la riducibilità d'ufficio della clausola penale: cfr., Cass. 14.10.2011 n. 21297; Cass. 4.10.2103 n. 22747. Qualche illazione circa la nullità della caparra confirmatoria manifestamente eccessiva è formulata, in via interpretativa, da Corte cost. 2.4.2014 n. 77, mentre l'orientamento della Suprema Corte è costante nell'affermarne l'irriducibilità (Cass. 1° 12.2000 n. 15391).

²² Cfr. Cass. 8.9.2014 n. 18869.

²³ V. Cass. 7.10.2013 n. 22791: la previsione di una ipotesi di giusta causa di licenziamento nel CCNL non vincola il giudice, che deve valutare se essa sia conforme alla nozione di giusta causa dettata inderogabilmente dall'art. 2119 c.c.

²⁴ Da ultimo Cass. 17.7.2012 n. 12231.

²⁵ V. Cass. 22.10.2014 n. 22346.

²⁶ Sul punto, per una prospettiva più analitica, mi permetto di rinviare a due miei lavori: *Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti*, in *Il diritto civile tra principi e regola. Liber amicorum per F.D. Busnelli*, vol. I, Milano, 2008, 545 ss., e *Precauzione e obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 1 ss.

Esistono molte normative secondarie che, con funzione precauzionale, fissano limiti e regole all'esercizio di determinate attività.

La precauzione ha autonomia concettuale solo nella tutela preventiva, dove tende a prevenire un danno mediante inibitorie e ordini di fare. Vanta precedenti antichi nelle azioni nunciatricie (artt. 1171 e 1172 c.c.). Col danno, dicevamo, essa si traduce in un capitolo della responsabilità, da inadempimento o extracontrattuale.

Il principio di precauzione ha un importante rilievo dinanzi all'ignoto tecnologico. Nella decisione circa l'inibitoria di determinate attività per violazione delle regole precauzionali la sua applicazione va commisurata al bilanciamento dell'interesse ad esercitare l'attività con gli interessi protetti dalle regole di precauzione. Ciò si riflette sul tipo di provvedimento: che potrà spaziare dall'inibitoria totale all'ordine di attenersi al rispetto di determinate cautele.

Il dovere di precauzione va calato nella concretezza. Esso si plasma sulle condizioni dell'esercente l'attività, in relazione alle quali può richiedere finanche cautele maggiori rispetto a quelle normativamente prescritte, se lo si desume delle conoscenze scientifiche di chi agisce.

Le disposizioni precauzionali operano in funzione dell'interesse per cui sono prescritte. Perciò, se rilevano solo nei rapporti con la pubblica amministrazione, il loro rispetto non esclude la configurazione di un illecito civile e l'esperimento di una azione inibitoria²⁷. Se, invece, sono poste a presidio di interessi privati – ed es., ed innanzitutto, la salute – la loro osservanza importa la presunzione di non pericolosità dell'attività²⁸: una presunzione suscettibile di prova contraria.

9. *Ragionevolezza e bilanciamento*

La ragionevolezza è dato normativo quando è richiamata da una norma; è criterio di valutazione dell'adeguatezza di una norma e dunque criterio per plasmarne l'applicazione; infine è criterio di decisione per risolvere un conflitto di norme²⁹.

²⁷ V. Cass. 27.7.2000 n. 9893, in tema di elettrodotti.

²⁸ Cass. 23.1.2007 n. 1391; Cass. 27.4.2011 n. 9406.

²⁹ Cfr., per qualche approfondimento ed ulteriori riferimenti, S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005; E. GIORGINI, *Ragionevolezza e auto-*

Anche quando è dato normativo, la ragionevolezza costituisce un parametro di valutazione (artt. 49, 1171, 1172, 1365, 1481 c.c.).

Negli artt. 1748, 1749 e 1751 c.c., in tema di agenzia, la ragionevolezza è precipuo indice rivelatore di buona fede. Nell'art. 2467 c.c., che prevede la postergazione del rimborso dei finanziamenti dei soci di una società a responsabilità limitata al soddisfacimento degli altri creditori, la ragionevolezza pone un criterio di apprezzamento delle scelte dei soci in relazione alle circostanze in cui è stato effettuato il finanziamento, e fornisce uno strumento per la soluzione dei conflitti con gli altri creditori della società.

Qui la ragionevolezza può costituire una emersione della regola di correttezza fuori dal rapporto obbligatorio così come della regola di buona fede oggettiva in un ambito extracontrattuale. Il fatto che siano postergati i finanziamenti dei soci in un momento in cui la «situazione finanziaria della società» rende «ragionevole un conferimento» vuol significare che i soci sono onerati di operare secondo il criterio di correttezza anche nei confronti dei creditori sociali, pena la caducità della *par condicio* a loro danno.

Nell'art. 2501-*bis*, 4° comma, c.c. la ragionevolezza allude all'attendibilità «delle indicazioni contenute nel progetto di fusione», e rispecchia l'esistenza di margini di apprezzamento soggettivi. Nel regime della responsabilità del produttore (art. 117, d.lgs. 6.9.2006 n. 206) la ragionevolezza serve a valutare la destinazione del prodotto ed i comportamenti del consumatore.

Per chiudere questi cenni alla ragionevolezza ci allontaniamo dai fenomeni «endocontrattuali» per soffermarci su un caso di ragionevolezza nell'applicazione di norme. In materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali l'art. 10, 2° comma, del regolamento CE 593/2008 del 17.6.2008 (c.d. Roma 1) – con una disposizione di forte attualità con l'avvento della contrattazione *on line* – dà rilievo alla ragionevolezza per istituire un criterio di collegamento che svincola dalla scelta della *lex contractus*.

La peculiarità di questa regola risiede nella circostanza che essa non assume a riferimento immediato un comportamento, rappresentandone il criterio di valutazione – come accade negli altri casi a cui abbiamo accennato – bensì l'applicazione di una norma: non è,

quindi, il comportamento a dover essere ragionevole, ma la sua regolamentazione.

Qui, dunque, la ragionevolezza copre un ambito nettamente distinto dalla buona fede oggettiva, perché essa non riguarda il modo di essere di un contegno, ma consente un diverso regime normativo in base alla valutazione di adeguatezza nell'applicazione di una norma.

Su questo terreno ragionevolezza e bilanciamento si pongono come utili strumenti per risolvere il conflitto di norme. In particolare la ragionevolezza induce alla valutazione funzionale di una norma inderogabile ed alla sua potenziale disapplicazione quando nella specie non vengano in rilievo gli interessi a cui essa è funzionale³⁰.

Infine essa viene in considerazione nel plasmare l'applicazione di una norma. Un approdo, seppur non dichiarato, è nel principio della c.d. «vicinanza alla prova», che è frutto del bilanciamento nelle esplicazioni dell'onere della prova (art. 2697 c.c.): esso deve vigere in tutti i casi in cui il confezionamento delle prove documentali e gli stessi strumenti probatori sono nella disponibilità di una parte³¹.

Se, poi, la si impiega per perseguire la coerenza del sistema, la ragionevolezza viene in rilievo per favorire applicazioni omogenee di norme elastiche, come nel caso della liquidazione del danno biologico³².

10. *Sussidiarietà*

Ho già accennato all'art. 118, 4° comma, Cost., che enuncia il principio di sussidiarietà sociale (più comunemente detta «orizzontale»): «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per

³⁰ Cfr., sul punto, il mio *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 87 ss., spec. 110 ss.

³¹ Il principio è affermato, essenzialmente, in tema di responsabilità sanitaria (v. Cass. 21.7.2003 n. 11316; Cass. SS.UU., 11.1.2008 n. 577; Cass. 18.9.2009 n. 20101; Cass. 26.1.2010 n. 1538), ma, ovviamente, ha valenza generale.

³² V. Cass. 7.6.2011 n. 12408, secondo cui la liquidazione del danno biologico deve avvenire su tutto il territorio nazionale facendo applicazione di un criterio uniforme, che la stessa decisione ha individuato nella «tabella» elaborata dal Tribunale di Milano. Nella decisione della Suprema Corte questa conclusione è supportata dall'equità richiamata dall'art. 1374 c.c. Il che aiuta a comprendere come, in linea di principio, non sia particolarmente utile istituire nette demarcazioni tra clausole generali ed elastiche.

lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

Il principio, sancito espressamente nel 2001, ma già immanente, si cala in un sistema dove la delegificazione – intesa come espansione della normativa secondaria – sembra erodere l'autonomia privata a vantaggio di discipline inderogabili dettate da autorità amministrative indipendenti³³. Se ne ricava un quadro denso di ambiguità perché all'esaltazione dell'autonomia corrisponde una normativa secondaria inderogabile sempre più minuziosa, legittimata da norme primarie³⁴.

In questo contesto l'affermazione della sussidiarietà sociale imprime un rinnovato ruolo all'autonomia dei privati perché parifica il «privato» al «pubblico» col suggello costituzionale. Ciò rende il principio un parametro di legittimità delle stesse leggi e dei provvedimenti amministrativi a carattere normativo.

Va, dunque, collocata nel suo contesto anche l'attività normativa che scaturisce dai privati: codici privati, linee guida, protocolli, codici deontologici assolvono ad una funzione di interesse generale³⁵.

La sussidiarietà, inoltre, dovrebbe favorire – e nel dubbio privilegiare – gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, inducendo a capovolgere il principio, certamente consolidato, secondo cui, nel dubbio, opera il *favor* per la giurisdizione pubblica.

Infine, la valorizzazione dell'autonomia privata indotta dalla emersione costituzionale della sussidiarietà dovrebbe implicare l'adattamento delle prescrizioni inderogabili agli interessi concretamente implicati da un contratto, con la conseguente possibilità di trattamenti «modulati»³⁶.

11. *L'applicazione dei principi*

Una riflessione per concludere. I principi generano un nuovo modo di applicare la legge? Essendo «pesi» anziché «fattispecie», essi modificano il ragionamento che conduce alla decisione?

³³ Per approfondimenti rinvio al mio *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 257 ss., dove ulteriori riferimenti.

³⁴ Per l'operatività dell'art. 1339 c.c. v., da ultimo, Cass. 31.10.2014 n. 23184.

³⁵ Sul punto, e per ulteriori riflessioni e riferimenti, cfr. i miei *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà: l'esperienza italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 764 ss., e *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2014, 381 ss.

³⁶ Cfr., più ampiamente, il mio *Contratti misti: variazioni sul tema*, cit., 112.

La questione è originata dalla constatazione che i principi operano come criteri di valutazione nell'applicazione di norme. Essi si pongono come espressioni verbali elastiche, connotabili soggettivamente. Talvolta servono per definire il contenuto di situazioni giuridiche a loro volta caratterizzabili elasticamente: pensiamo alla «dignità» dell'uomo ed al perimetro e ai contenuti di altri diritti fondamentali.

I valori che si vogliono espressi da un principio, e dunque gli interessi che si intendono, tramite esso, presidiare, possono descrivere «volumi» applicativi sensibilmente diversi, condizionati da istanze ideologiche o esistenziali. Rispetto alla dignità umana, ad esempio, principi come ragionevolezza e bilanciamento non operano per confrontare diritti dal contenuto «dato», ma servono per conformare il contenuto stesso del diritto.

Uno dei problemi suscitati dall'impiego di clausole aperte è di contenere l'arbitrio dell'interprete. Ma la realtà giuridica non è omogenea alla meccanica, sicché l'arbitrio, così come può operare nell'applicazione di un principio, può attecchire nell'applicare una norma congegnata come fattispecie.

Il punto, dunque, non è demarcare il ragionamento per principi da quello per fattispecie quanto, piuttosto, l'impiego che si fa degli strumenti per la soluzione di un problema. Se il principio è norma senza fattispecie, esso comunque non può prescindere da una fattispecie, cioè da un caso concreto, di cui concorre a definire il regime. Un principio, da solo, non ha senso; lo acquisisce quando vive in un caso reale.

Gli orizzonti aperti dalla normazione per principi, dunque, arricchiscono i criteri di giudizio, ma non trasformano il panorama del diritto.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sull'emersione del principio di proporzionalità in diritto penale e internazionale. – 3. La diffusione del principio in diritto amministrativo. – 4. L'applicazione del principio al diritto costituzionale e al diritto dell'Unione europea. Gli sviluppi in diritto internazionale. – 5. Proporzionalità e diritto privato. – 6. Conclusioni: importanza della proporzionalità, aspetti critici e prospettive.

1. *Introduzione*

Il principio di proporzionalità, nell'esperienza giuridica, si è manifestato in vari rami del diritto: specialmente in diverse articolazioni del diritto pubblico. In tale contesto, il principio è servito, soprattutto, a contenere il potere esercitato da autorità pubbliche.

In età moderna, esso ha conosciuto rilevanti emersioni nel diritto penale e nel diritto internazionale, soprattutto dal XVIII secolo: in diritto penale, la proporzionalità è stata utilizzata per rendere equilibrata la potestà punitiva; nel diritto internazionale, ha limitato, tra l'altro, il ricorso all'uso della forza e di altri poteri coercitivi da parte degli Stati. In seguito, il principio di proporzionalità è penetrato nel diritto amministrativo, ove si è consolidato agli esordi dell'Ottocento ed è stato utilizzato per mitigare il potere delle pubbliche amministrazioni. Dalla seconda metà del Novecento, la proporzionalità ha conosciuto importanti applicazioni in diritto costituzionale, al fine di limitare il potere del legislatore; e nel diritto comunitario, ove è servita per contenere il potere dell'Unione europea e degli Stati membri.

Di recente, il principio di proporzionalità ha raggiunto anche il diritto privato. In particolare, nell'ambito dei rapporti contrattuali interprivati, la giurisprudenza ha utilizzato la proporzionalità per limitare i poteri del contraente più forte (come l'imprenditore) nei confronti del più debole (come il consumatore), ma il principio ha trovato applicazione anche ai contratti tra imprese. Applicazioni rilevanti del principio di proporzionalità si sono avute, inoltre, nel diritto della concorrenza. In tali casi, la proporzionalità è servita per limitare il potere privato, specialmente delle imprese.

Si tenterà qui di ricostruire questi articolati percorsi del principio di proporzionalità; di evidenziare i significati diversi che ha assunto tale principio; di comprenderne i nessi con altri principi congnati, come quello di ragionevolezza; di indicare gli aspetti positivi e i profili critici dell'applicazione del principio; e di delineare la sua concreta portata in termini di protezione dei diritti.

2. *Cenni sull'emersione del principio di proporzionalità in diritto penale e internazionale*

Nel campo del diritto penale restano determinanti le ultime parole del saggio di Cesare Beccaria *Dei delitti e delle pene*, pubblicato nel 1764: «*Perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi*»¹.

Beccaria ha riconosciuto di aver seguito le «tracce luminose» di Montesquieu, che, nel suo *Esprit des lois*, aveva più volte parlato espressamente di *proportion des peines*². L'illuminista italiano sviluppa l'elaborazione teorica del pensatore francese e giunge a individuare, come emerge immediatamente dalla citazione sopra riportata, alcune delle caratteristiche essenziali che connoteranno il principio di proporzionalità nei periodi successivi, fino ad oggi. Innanzitutto, la necessità della misura afflittiva. Beccaria, riprendendo Montesquieu, scrive: «*Ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità [...] è tirannica*»³. E di qui giunge ad una generalizzazione, che riferisce la condizione della necessità non solo alla sanzione penale, ma a qualunque misura autoritativa: «*ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico*»⁴. La seconda caratteristica della proporzionalità sta nel fatto che la pena deve essere «*la minima delle possibili*». Beccaria è fautore della «*dolcezza delle pene*» e sottolinea gli effetti negativi delle pene sproporzionatamente se-

¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* [1764], Milano, Mondadori, 1991, 111.

² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* [1748], Paris, Gallimard, 1995, libro VI, cap. XVI (*De la juste proportion des peines avec le crime*); e libro XII, cap. IV (*Que la liberté est favorisée par la nature des peines et leur proportion*).

³ Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 13.

⁴ *Ibidem*.

vere: «Uno dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse [...] I paesi e i tempi dei più atroci supplicii furono sempre quelli delle più sanguinose ed inumane azioni, poiché il medesimo spirito di ferocia che guida la mano del legislatore, reggeva quella del parricida e del sicario [...] Perché una pena ottenga il suo effetto basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto, e in questo eccesso di male dev'essere calcolata l'infalibilità della pena e la perdita del bene che il delitto produrrebbe. Tutto il di più è dunque superfluo e perciò tirannico»⁵.

Ne emerge una concezione ispirata alla tolleranza e all'umanitarismo, assai diffusa nel XVIII secolo. E una contestazione della «mal diretta potenza», ma non della legittima autorità. Dice Beccaria: «Si sono conosciute le vere relazioni fra il sovrano e i sudditi, e fralle diverse nazioni [...], ma pochissimi, rimontando ai principii generali, annientarono gli errori accumulati di più secoli, frenando almeno, con quella sola forza che hanno le verità conosciute, il troppo libero corso della mal diretta potenza, che ha dato fin'ora un lungo ed autorizzato esempio di fredda atrocità»⁶. Frasi come questa fecero sì che l'opera venisse messa all'indice nel 1766, per asserita offesa all'autorità religiosa e civile. In realtà, Beccaria aveva chiarito: «Chiunque volesse onorarmi delle sue critiche cominci dunque dal ben comprendere lo scopo a cui è diretta quest'opera, scopo che ben lontano di diminuire la legittima autorità, servirebbe ad accrescerla se più che la forza può negli uomini la opinione, e se la dolcezza e l'umanità la giustificano agli occhi di tutti»⁷.

Un quarto di secolo dopo la pubblicazione del saggio di Beccaria, la *Declaration des droits de l'homme et des citoyens* (1789) sancirà esplicitamente il principio della necessità delle sanzioni penali stabilendo: «La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires» (art. 8).

Il diritto penale ci mostra una proporzionalità tesa a limitare il potere punitivo dello Stato a tutela della libertà personale.

Alcuni brevi cenni vanno dedicati anche all'emersione del principio di proporzionalità in diritto internazionale. Qui il principio è stato utilizzato, tra l'altro, per segnare i confini del ricorso degli Stati

⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 64, 65.

⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 10.

⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 5.

alla guerra; o per limitare i poteri coercitivi degli Stati nel diritto del mare⁸.

Ci si limita in questa sede a utilizzare, in via esemplificativa, un riferimento storico ai controlli esercitati da uno Stato su navi straniere. Carlo Maria Cipolla, l'insigne storico dell'economia, ha dedicato un bellissimo saggio al problema dei controlli di sanità effettuati nel XVII secolo dai magistrati toscani sulle navi straniere, in particolare inglesi, che chiedevano di poter attraccare nel porto di Livorno⁹.

Tutto era cominciato con la pandemia di peste del 1348-51. Per garantire la sanità pubblica e controlli efficienti sulle navi che attraversavano il Mediterraneo, in molti porti italiani iniziò la costruzione di lazzaretti e furono istituiti appositi Uffici di Sanità, che venivano chiamati «Magistrature». A partire dagli ultimi anni del Cinquecento erano soprattutto le navi inglesi a transitare in maniera massiccia nel Mediterraneo per i loro commerci. Il problema di proporzionalità sorse in relazione all'intensità dei controlli di sanità. I controlli erano indispensabili, per ragioni di salute pubblica, ma accadeva spesso che fossero eccessivi, sproporzionati appunto, poco rispettosi della libertà di navigazione e di commercio.

La Magistratura alla Sanità del porto di Livorno, ad esempio, aveva previsto non solo la quarantena per le navi e gli equipaggi sospetti di infezione, ma anche una «purga» aggiuntiva che, sommata alla quarantena, poteva raggiungere i 60 giorni. Si pensi che un vascello inglese poteva compiere il tragitto dall'Inghilterra a Livorno in un tempo che mediamente variava tra i 25 e i 40 giorni: bloccare la nave e l'equipaggio fino a 60 giorni significava imporgli una sosta forzata più lunga del viaggio. Era, poi, prevista una complessa sequenza di formalità cui le navi inglesi dovevano sottostare. Era stabilito, tra l'altro, che la quarantena e la purga si dovessero scontare al di fuori del porto, con pericolo di deperimento delle merci e di esposizione delle imbarcazioni alle tempeste e agli assalti dei pirati.

In definitiva, il controllo sanitario eccessivamente rigoroso comprimeva a dismisura la libertà di navigazione e di commercio. Gli in-

⁸ Una ricostruzione completa degli impieghi del principio di proporzionalità in diritto internazionale può ritrovarsi in E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000.

⁹ C.M. CIPOLLA, *Il burocrate e il marinaio*, Bologna, Il Mulino, 1992.

glesì giunsero alla conclusione che i controlli di sanità fossero un paravento che copriva la «gelosia» commerciale degli italiani nei loro confronti e anche un tentativo di «spionaggio» commerciale, perché durante le ispezioni delle navi sospette venivano visionate tutte le documentazioni reperibili a bordo con la scusa di «aerarle dall'infezione». Sta di fatto che i controlli livornesi si attenuarono nel momento in cui Genova cominciò a consentire un assai minor rigore nelle verifiche di sanità: Livorno si adeguò pur di non perdere i vantaggi che, in termini di dazi e di altro, derivavano dalla presenza copiosa di vascelli stranieri nel porto.

In questo caso, la proporzionalità è servita a limitare al giusto l'intensità di un potere pubblico coercitivo nei confronti di una libertà economica.

3. *La diffusione del principio in diritto amministrativo*

Il principio di proporzionalità ha avuto un importante rilievo nel diritto amministrativo prussiano tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento, grazie alla giurisprudenza relativa alle attività e ai poteri di polizia. La legge generale prussiana del 1794 aveva stabilito che «è compito della polizia [...] adottare le misure necessarie per mantenere la pubblica pace, la sicurezza e l'ordine» (parte II, tit. 17, par. 10). Una sorta di prolungamento nell'ambito dei provvedimenti amministrativi del principio di necessità già applicato alle sanzioni penali.

Su questa base normativa, i giudici cominciarono ad applicare un controllo basato sulla verifica della necessità di misure di polizia quali la chiusura di esercizi commerciali o la rimozione di opere realizzate su beni di proprietà privata. Veniva valutata la necessità della misura, dovendosi escludere che ne esistessero di meno restrittive. La misura considerata non necessaria era annullata.

Il principio si è consolidato nell'esperienza tedesca lungo tutto il XIX secolo, ma ha preso corpo in modo consistente nel diritto amministrativo – in Germania e in altri Paesi, soprattutto dell'Europa continentale – nella seconda metà del XX secolo. In Germania, si è sviluppato con una certa consistenza il cosiddetto controllo «trifasico» di proporzionalità, soprattutto a partire dagli anni Cinquanta del Novecento: non soltanto nel contenzioso amministrativo, ma an-

che in quello costituzionale¹⁰. Si tratta di un controllo finalizzato a valutare l'adeguatezza, la necessità e la proporzionalità in senso stretto di una misura – normativa o amministrativa – rispetto al fine perseguito. In una prima fase, il giudice verifica l'adeguatezza della misura rispetto allo scopo. In una seconda fase, verifica la necessità della misura: è il test della «*less restrictive measure*»; il provvedimento deve essere il meno restrittivo possibile, non esistendo misure alternative più tenui. Nella terza fase, il giudice verifica la proporzionalità in senso stretto della misura, effettuando un vero e proprio bilanciamento tra il beneficio per l'interesse pubblico e il sacrificio imposto alle libertà e ai diritti dei privati.

In altri ordinamenti giuridici, vi sono state applicazioni diverse del principio di proporzionalità, non sempre basate sul controllo trifasico. Si possono qui segnalare, a titolo di esempio, le applicazioni che il principio ha avuto in Francia e in Italia. Nell'esperienza francese il *Conseil d'Etat* ha utilizzato il principio di proporzionalità in diverse materie: resta di fondamentale importanza la decisione degli inizi degli anni Settanta nel caso «*Ville Nouvelle Est*»¹¹. Si trattava, in quel caso, della costruzione di un complesso universitario e di una nuova città, operazione che comportava espropriazioni, demolizioni di edifici e realizzazioni di opere pubbliche. Il *Conseil d'Etat* ha così statuito: «*une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente*». È quel che la dottrina francese ha chiamato il *bilan coût-avantages*: una sorta di test di proporzionalità in senso stretto che pone a raffronto e pondera, da un lato, i benefici in termini di interesse pubblico conseguiti con la costruzione della nuova città e del complesso universitario e, d'altro lato, i sacrifici imposti ai proprietari espropriati, ad altri interessi sociali nonché il costo economico-finanziario dell'operazione.

¹⁰ Si vedano sul punto: N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, London, Kluwer Law International, 1996, 23 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, CEDAM, 1998, 58 ss.; J. SCHWARTZE, *European Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1992, 685 ss.

¹¹ Conseil d'Etat, Ass. 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé «Ville Nouvelle Est»*, rec. 409, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2013, 586.

Nella specie, il *Conseil d'Etat* ha ritenuto proporzionata, e dunque legittima, l'operazione in esame.

Dopo il caso *Ville Nouvelle Est*, l'applicazione del controllo di proporzionalità e del «*bilan*» ha conosciuto sviluppi rilevanti: in casi di realizzazione di opere pubbliche, di dichiarazione d'utilità pubblica, di espropriazioni, di piani urbanistici, di imposizione di servitù pubbliche, di istituzione di zone protette¹². Ancora una volta, la proporzionalità è servita a limitare l'esercizio di poteri autoritativi dell'amministrazione pubblica¹³.

Anche in Italia il principio di proporzionalità ha trovato spazio nel diritto amministrativo¹⁴. Le origini sono risalenti: Gian Domenico Romagnosi aveva parlato di una regola direttrice dell'azione amministrativa consistente nel causare il «*minimo possibile sacrificio*» alla proprietà e alla libertà dei privati¹⁵. In tempi recenti, il giudice amministrativo ha applicato il principio in vari settori.

Quello delle sanzioni amministrative – disciplinari e pecuniarie – è stato un terreno fertile per l'impiego della proporzionalità¹⁶. Ma il principio è stato applicato anche in altre materie. Ad esempio, in materia di ambiente, in particolare di valutazione di impatto ambientale¹⁷; in materia di igiene degli alimenti e delle bevande¹⁸; in materia di edilizia scolastica¹⁹; in materia di responsabilità civile della pubblica amministrazione, con particolare riferimento alla verifica

¹² Tra le tante pronunce si vedano: Conseil d'Etat, Ass. 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, Rec. 657; e, più recentemente, Conseil d'Etat, 28 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil, du Poitou et de Migné-Auxances*, Rec. 967.

¹³ Per la dottrina francese sulla proporzionalità, fra i molti contributi, si vedano: G. XYNOPOULOS e Y. GAUDEMET, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*, Paris, LGDJ, 1995; G. BROVELLI, *La proportionnalité, un principe moderne d'administration*, Paris, Litec, 2008.

¹⁴ In dottrina si vedano: A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998; di recente: S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011.

¹⁵ G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni* [1814], Prato, Stamp. Guasti, 1835, 15.

¹⁶ Cons. Stato, sez. VI, n. 5670/2008.

¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, n. 4246/2010.

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, n. 3390/2013.

¹⁹ Cons. Stato, sez. IV, n. 1274/2010.

della sussistenza della colpa dell'amministrazione, anche ove emetta provvedimenti. Sotto quest'ultimo profilo, la giurisprudenza ha ritenuto che la colpa sia configurabile quando l'atto sia illegittimo per violazione delle regole proprie dell'azione amministrativa e per mancato rispetto dei principi generali dell'ordinamento, quali la «ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza»²⁰. Il principio di proporzionalità è considerato talmente rilevante che la sua violazione – assieme alla mancata osservanza delle norme sull'attività amministrativa – dà luogo a quella illegittimità rafforzata che conduce alla configurabilità dell'illecito della pubblica amministrazione.

Vi sono state non poche oscillazioni quanto all'intensità del controllo di proporzionalità esercitato dal giudice sull'attività amministrativa. In alcuni casi, il giudice si è limitato a censurare misure amministrative «manifestamente» sproporzionate; in altri casi, si è spinto a censurare misure che incidevano «eccessivamente» nella sfera giuridica degli amministrati²¹. Come è evidente, il controllo sulla «manifesta» sproporzione è assai più debole della verifica sulla «eccessiva» incidenza della misura: nel primo caso, il controllo di proporzionalità somiglia a quello di ragionevolezza; nel secondo caso, vi è spazio per un bilanciamento. In ogni modo, il principio di proporzionalità è servito sempre come argine nei confronti del potere autoritativo esercitato dalla pubblica amministrazione.

4. *L'applicazione del principio al diritto costituzionale e al diritto dell'Unione europea. Gli sviluppi in diritto internazionale*

Dalla seconda metà del XX secolo il principio di proporzionalità si è diffuso con particolare evidenza nel diritto costituzionale. In tale contesto, il principio è stato utilizzato per limitare un'altra espressione del potere pubblico: la legge²². Vi sono stati orientamenti diversi

²⁰ Cons. Stato, sez. V, n. 8091/2010; sez. V, n. 1644/2014.

²¹ Per il primo approccio, basato sulla «manifesta» sproporzione, si veda, tra le altre pronunce, Cons. Stato, sez. IV, n. 1195/2005; per il secondo approccio, fondato sulla «eccessiva» onerosità, si veda Cons. Stato, sez. V, n. 2087/2006. Sul punto può leggersi il commento di D.U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, n. 7, 1106 ss.

²² Si veda, in proposito, A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, University Press, 2012; M. KLATT e M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, University Press, 2012; A. STONE SWEET e

a seconda dei casi e degli ordinamenti. Nel sistema tedesco, il giudice costituzionale ha fatto più volte uso del rigoroso controllo «trifasico» di proporzionalità, verificando, in primo luogo, l'adeguatezza della misura legislativa incidente su diritti di privati; valutando, in secondo luogo, la sua necessità; ed applicando, in terzo luogo, il test di proporzionalità in senso stretto della misura, fondato sul bilanciamento tra benefici arrecati al pubblico interesse e sacrifici provocati alle situazioni giuridiche soggettive dei privati. In altri ordinamenti, ad esempio in Italia, la giurisprudenza costituzionale ha adottato un controllo di proporzionalità più tenue: nel nome di una maggiore deferenza per la discrezionalità del legislatore rispetto a quella dell'amministratore. Il controllo di proporzionalità delle leggi si è avvicinato molto al controllo di ragionevolezza, che spesso è controllo debole²³.

In diritto comunitario il principio di proporzionalità ha assunto una particolare pregnanza e il controllo di proporzionalità ha raggiunto talora una grande intensità²⁴. I terreni di applicazione essenziali sono: la limitazione dei poteri delle istituzioni europee nei confronti degli Stati e dei cittadini; e la limitazione delle misure nazionali che restringono le libertà, soprattutto economiche, riconosciute dai Trattati. Ad esempio: la limitazione imposta da una misura nazionale alla libera circolazione dei beni in nome della protezione della salute; o la limitazione imposta da una misura statale alla libera circolazione delle merci in nome della tutela della libertà di espressione e di riunione.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, riprendendolo dall'esperienza giuridica tedesca, ha talvolta praticato il cosiddetto controllo «trifasico» di proporzionalità, finalizzato a valutare l'adegua-

J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 *Columbia Journal of Transnational Law* (Fall 2008), 68 ss.

²³ Si veda sul punto M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione presentata alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013 (www.cortecostituzionale.it). Sui nessi tra giudizio di ragionevolezza e giudizio di proporzionalità, in una prospettiva più generale, si vedano: A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1991; e F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, tomo I, Roma, Aracne, 2007, 1 ss., spec. 62 ss.

²⁴ Tra i tanti contributi, si vedano: N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, cit., spec. 115 ss.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, University Press, 2006, capp. 3-5.

tezza, la necessità e la proporzionalità in senso stretto di una misura – normativa o amministrativa, nazionale o sovranazionale – rispetto al fine perseguito. Più spesso, la giurisprudenza comunitaria ha adottato un controllo a due fasi, senza entrare nella verifica della proporzionalità in senso stretto: ne è risultato, comunque, un controllo penetrante sulla misura adottata in sede sovranazionale o statale.

Il principio di proporzionalità è stato impiegato dal giudice comunitario essenzialmente per limitare le restrizioni alle libertà economiche, disposte in nome di interessi pubblici o di diritti non economici. È da sottolineare che le libertà economiche – segnatamente le libertà di circolazione dei capitali, dei beni e dei servizi, e la libertà di concorrenza – hanno assunto un ruolo cruciale nell'ordinamento dell'Unione europea. E, in via di principio, tali libertà sono state considerate come la regola, mentre le misure che le limitano al fine di perseguire interessi pubblici sono state considerate come deroghe o eccezioni.

I Trattati circoscrivono tali interessi pubblici: ad esempio, i divieti o le restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito possono essere giustificati da «*motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale [...] Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri*» (art. 36 TFUE). La giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado ha precisato che le libertà economiche possono essere limitate in nome di motivi imperativi di interesse generale. In altri termini, non vi è un numero chiuso di ragioni che giustificano la limitazione delle libertà economiche, ma deve trattarsi non di semplici interessi pubblici, bensì di interessi di portata generale e particolarmente qualificati: vi rientrano, oltre alla moralità pubblica, all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza, alla tutela della salute, alla protezione del patrimonio culturale, anche la tutela dei lavoratori, il pluralismo dell'informazione, la salvaguardia della buona reputazione del settore finanziario²⁵.

²⁵ Per la giurisprudenza comunitaria sui motivi imperativi di interesse generale si vedano, tra l'altro: Corte giust. CE, sentenza 25 luglio 1991, *Gouda e altri vs Commis-*

Va precisato che con sempre maggior forza il rapporto tra regola – rappresentata dalla libertà economica – ed eccezione – costituita dagli interessi generali – ha subito modifiche significative nel diritto dell'Unione europea: gli interessi generali hanno acquisito maggior peso: ad esempio, la tutela della salute e la salvaguardia dell'ambiente ricevono una tutela qualificata. Il che conduce a conferire un'importanza tendenzialmente eguale agli imperativi economici e alle istanze non economiche²⁶.

In diritto internazionale si è registrata un'evoluzione importante del principio di proporzionalità: è significativa la sua applicazione a misure restrittive che incidono su diritti protetti dalla CEDU. Ve ne sono risvolti evidenti in diritto amministrativo e il controllo di proporzionalità su provvedimenti di amministrazioni pubbliche limitativi di diritti protetti dalla CEDU è particolarmente rigoroso in alcuni sistemi giuridici. È molto rilevante l'uso che ne viene fatto in una esperienza giuridica che solo recentemente si è aperta all'applicazione del principio di proporzionalità, cioè l'esperienza britannica. Particolare influenza, in tal senso, ha avuto la circostanza che nel Regno Unito la CEDU, come hanno scritto i giuristi britannici, è stata «portata a casa» grazie all'approvazione dello *Human Rights Act* (HRA) del 1998²⁷.

Altra rilevante applicazione del principio di proporzionalità in diritto internazionale si è avuta nella giurisprudenza degli organi giudicanti che operano nel contesto dell'Organizzazione mondiale del commercio. Il principio è stato utilizzato, tra l'altro, per verificare la legittimità di misure adottate dagli Stati membri dell'Organizzazione che limitano il *free trade* mondiale di beni e servizi. Il controllo di proporzionalità è stato ed è assai rigoroso. Una misura statale limitativa del *free trade* è giustificata solo ed esclusivamente se soddisfa

saariat Voor De Media, causa C-288/89, in *Racc.*, I-4007; e *Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer*, 18 maggio 2000, *Smits-Degraets e Peer Brooms*, causa C-157/99, in *Racc.*, 2001, I-5473, par. 67; più di recente, Corte giust. UE, sez. III, sentenza 22 gennaio 2015, *Stanley International Betting Ltd, Stanleybet Malta Ltd vs Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle dogane e dei monopoli di Stato*, causa C-463/13, ove si ribadisce che i «motivi imperativi di interesse generale» non costituiscono un numero chiuso (par. 47).

²⁶ Si veda sul punto G.L. TOSATO, *Appunti in tema di economia sociale di mercato*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, III, 2509 ss.

²⁷ Si veda P. CRAIG, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2012, 583 ss.: «the government's objective in enacting the HRA was to 'bring rights home'» (p. 585).

condizioni ben precise. Anzitutto, essa deve rispondere a finalità che sono espressamente enumerate dagli accordi GATT (per la circolazione dei beni) e GATS (per la circolazione dei servizi): in particolare, la protezione della morale pubblica; della vita o della salute delle creature umane, degli animali o delle piante; del patrimonio artistico, storico o archeologico (art. XX GATT). Si tratta di «eccezioni» al *free trade* considerate tassative dalla giurisprudenza, diversamente da quel che accade, come si è visto, nel diritto dell'Unione europea. Inoltre, la misura statale restrittiva del libero scambio deve essere necessaria. Il test di necessità è molto stringente. Il valore protetto dalla misura nazionale – ad esempio, la tutela della salute in casi di circolazione di beni che presentano rischi – deve essere «vitale e importante al massimo grado»; e la misura deve essere «indispensabile» a proteggere quel valore e non semplicemente idonea a «fornire un contributo» alla sua protezione²⁸. Ne deriva che la proporzionalità è usata come scudo a fortissima tutela delle libertà economiche. Tutela ben più solida di quella riconosciuta a tali libertà dall'ordinamento dell'Unione europea.

5. *Proporzionalità e diritto privato*

Recentemente il principio di proporzionalità ha trovato applicazione anche in diritto privato. Qui il principio tende a limitare non già poteri pubblici ma poteri privati²⁹.

Ve ne sono diverse applicazioni. Devono essere proporzionati, ad esempio: il potere del contraente forte in contratti diseguali (tra imprese e consumatori o nel diritto del lavoro); il potere di recesso in contratti tra imprese; il potere di determinazione delle penali, il cui ammontare «manifestamente eccessivo» può essere ridotto in virtù dell'art. 1384 del codice civile.

²⁸ In tal senso si veda WTO Appellate Body, *EC-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, 12 marzo 2001, nel noto caso relativo all'amianto. Si può vedere sul punto M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, 123 ss.

²⁹ Tra gli apporti dottrinali si vedano: P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, 441 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, n. 1, 23 ss.; e ID., *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, n. 1, 87 ss.

Va segnalato anche l'impiego del principio di proporzionalità nel diritto antitrust, che può riguardare tanto poteri pubblici che poteri privati. Ad esempio, l'assoggettamento al principio di proporzionalità del potere delle autorità antitrust di irrogare sanzioni riguarda profili pubblicistici; così come la proporzionalità dei rimedi strutturali o comportamentali imposti alle imprese censurate per illecito³⁰. Riguarda invece profili privatistici la circostanza che gli impegni proposti dalle imprese debbano essere «idonei» a superare le preoccupazioni concorrenziali. È l'Autorità di concorrenza che ne valuta l'idoneità, ma il controllo si esercita sull'atto privato (di impegno) presentato dalle imprese. È quello, cioè un atto privato, che deve essere idoneo e proporzionato al fine, come risulta confermato dalla giurisprudenza³¹. Da ultimo, vanno considerate le deroghe, previste dall'art. 101, par. 3, del TFUE, al divieto di intese restrittive della concorrenza sancito dall'art. 101, par. 1, TFUE: le intese, per essere ammissibili in via derogatoria, devono migliorare la produzione e la distribuzione, evitando di «*imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi*». Anche qui il controllo di proporzionalità – sotto specie di «indispensabilità» – riguarda attività private: gli accordi o le pratiche concordate tra imprese non possono comportare restrizioni anticoncorrenziali che non siano assolutamente necessarie per raggiungere il fine del miglioramento della produzione e della distribuzione.

In definitiva, il principio di proporzionalità in diritto privato è utilizzato essenzialmente per contenere poteri privati.

³⁰ La necessaria proporzionalità delle sanzioni antitrust è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza. Tra le tante pronunce del giudice comunitario si vedano: Tribunale di primo grado (Terza Sezione), 27 settembre 2006, *Archer Daniels Midland Co. contro Commissione delle Comunità europee*, Causa T-59/02, in *Racc.*, 2006 II-03627; Tribunale di primo grado (Quinta Sezione), 8 ottobre 2008, *Schunk GmbH e Schunk Koblenstoff-Technik GmbH contro Commissione delle Comunità europee*, Causa T-69/04, in *Racc.*, 2008 II-02567; Tribunale (Terza Sezione), 9 settembre 2011, *Deltafina SpA contro Commissione europea*, Causa T-12/06, in *Racc.*, 2011 II-05639. In dottrina si veda, tra l'altro: F. THIBAULT, *La proportionnalité des sanctions prononcées par les Autorités de concurrence françaises et communautaires*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires de Marseille, 2001. Quanto alla proporzionalità dei rimedi strutturali e comportamentali, essa è espressamente richiesta dal Regolamento CE 1/2003 su intese restrittive e abusi di posizione dominante, all'art. 7.

³¹ Si vedano in tal senso: TAR Lazio, n. 2900/2008; n. 2902/2008.

6. *Conclusioni: importanza della proporzionalità, aspetti critici e prospettive*

La nobiltà delle origini del principio di proporzionalità conferma la sua importanza. La paternità di Aristotele è evidente. Nell'*Etica nicomachea* è scritto: «il giusto è in un certo modo frutto di una proporzione»; e «ciò che è giusto rispetta la proporzione»³². Vi è, dunque, un nesso stretto tra proporzionalità e giustizia.

Al di là di queste sue radici antiche, il principio di proporzionalità ha particolare rilevanza perché ha sempre sospinto al massimo grado una delle funzioni essenziali dei principi generali del diritto, quella limitativa del potere. Si è visto che la proporzionalità è stata ed è utilizzata per limitare il potere pubblico esercitato nei confronti di diritti fondamentali. Ma il principio di proporzionalità serve anche come limite ai poteri privati.

Assume particolare rilievo questa duplice limitazione, del potere sia pubblico che privato. Si tenga presente che oggi, nell'età globale, i poteri privati – segnatamente i grandi poteri imprenditoriali – minacciano i diritti forse ancor più che i poteri pubblici. Limitare anche i poteri privati, tramite il principio di proporzionalità, è essenziale per la tutela dei diritti.

Emergono, tuttavia, anche profili critici del principio di proporzionalità.

Si può iniziare dalle criticità che riguardano l'impiego della proporzionalità al fine di limitare i poteri pubblici incidenti su diritti.

Innanzitutto, è risultato chiaramente che ve ne sono impieghi assai eterogenei. Talvolta, il principio di proporzionalità si confonde quasi con il principio di ragionevolezza, come è evidente nella giustizia costituzionale; e il controllo di ragionevolezza è di regola più tenue rispetto al controllo di proporzionalità. Altre volte, l'applicazione del principio dà luogo a un controllo più rigoroso sulla misura normativa o amministrativa: è questo il caso del cosiddetto controllo «trifasico», sull'adeguatezza, sulla necessità e sulla proporzionalità in senso stretto del potere esercitato; ed è il caso del controllo posto in essere dagli organi giudicanti dell'Organizzazione mondiale del com-

³² ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, libro V, par. 6. Sottolineano queste antiche radici del principio: T.M. POOLE, *Proportionality in Perspective*, in *LSE Legal Studies Working Paper* no. 16/2010; e E. ENGLE, *The History of the General Principle of Proportionality: An Overview*, in *10 Dartmouth Law Journal* (2012), 1 ss.

mercio, i quali adottano una verifica articolata essenzialmente in due fasi: considerano proporzionato soltanto l'esercizio di un potere che persegue un numero chiuso di finalità – come l'ordine pubblico, la morale pubblica, la tutela della salute – e che pone in essere una misura strettamente «indispensabile» al perseguimento di quei fini. Quando l'applicazione del principio è rigorosa, ne discende che esso costituisce una sorta di avamposto del controllo sull'eccesso di potere, che in tal modo raggiunge il massimo livello di intensità. Il che vale soprattutto se il potere posto sotto verifica è il potere amministrativo.

Insomma, più che di una figura unitaria di proporzionalità, sarebbe più appropriato parlare di impieghi diversi della proporzionalità.

Vi è poi il profilo critico legato all'eccessiva discrezionalità che vengono ad esercitare i giudici quando applicano il principio di proporzionalità. Profilo che è stato sottolineato in relazione a diverse esperienze giuridiche³³: soprattutto in relazione al controllo di proporzionalità in senso stretto e al *bilan coût-avantages*, effettuato dal giudice amministrativo francese, che a quel tipo di controllo tanto somiglia. In tali casi, il giudice rasenta i confini del controllo di opportunità. Può dirsi che il principio di proporzionalità è principio di diritto e, dunque, il controllo resta di legittimità. Tuttavia, nella sostanza il giudice del *bilan* giunge alla soglia del sindacato di merito. Ne deriva un'incertezza forte; quasi un'imprevedibilità delle decisioni giudiziali.

Le critiche più radicali hanno sottolineato che il bilanciamento nel quale si risolve il giudizio di proporzionalità sarebbe condotto in modo arbitrario, privo di ogni razionalità, basato su argomenti di *policy* e non giuridici: con la conseguenza che i diritti sottoposti a bilanciamento ne risulterebbero relativizzati, sminuiti, ridotti a beni in gara tra loro³⁴.

Quali le possibilità di limitare i profili critici della proporzionalità?

È necessario, in primo luogo, un uso più uniforme del principio rispetto alle forti eterogeneità di oggi, un uso che assicuri un con-

³³ Ancora A. BARAK, *Proportionality*, cit., 487 ss.

³⁴ Sul punto si veda J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Edizioni Guerini e Associati, 1996, 307 ss.

trollo intenso dei poteri pubblici che incidono su diritti. È necessario, al tempo stesso, ridurre l'incertezza e l'imprevedibilità che derivano dal controllo di proporzionalità e che sono state ricondotte soprattutto alla fase del bilanciamento in senso stretto. I due aspetti si possono esaminare congiuntamente.

Il cosiddetto controllo «trifasico», come si è visto, è particolarmente penetrante, ma nella sua terza fase – quella della proporzionalità in senso stretto – si può annidare un'eccessiva discrezionalità di giudizio. Superare l'eterogeneità nell'uso del principio di proporzionalità generalizzando questo tipo di controllo non appare opportuno.

Il controllo a due fasi, molto utilizzato nel diritto comunitario e nel diritto del commercio internazionale, sembra invece poter garantire, al tempo stesso, un controllo stringente sul potere pubblico oggetto della valutazione di proporzionalità e una minore incertezza valutativa. Esso si concentra essenzialmente, in primo luogo, sulla limitazione dei fini perseguibili dal pubblico potere che incide su diritti; e, in secondo luogo, sul test di necessità, che si concreta nella verifica della minor possibile restrittività della misura oggetto del controllo.

La limitazione dei fini è più rigorosa nel diritto del commercio internazionale, perché le finalità «giustificabili» costituiscono un numero chiuso, in cui rientrano l'ordine pubblico, la morale pubblica, la tutela della salute, la protezione del patrimonio culturale. Nel diritto dell'Unione europea, come si è visto, la giurisprudenza ha ritenuto che le finalità «giustificabili» siano un insieme aperto, i cosiddetti «motivi imperativi di interesse generale»: si tratta pur sempre non di generici interessi pubblici, ma di fini pubblici di primario ed essenziale rilievo.

Come si è detto, il criterio della limitazione dei fini atto a fornire una prima giustificazione della misura esercizio del potere pubblico è utilizzato essenzialmente quando tale potere incide su libertà economiche, come la libera circolazione di beni o di servizi nell'Unione europea, o il *free trade* planetario in materia di commercio internazionale. Esso potrebbe ben essere impiegato – nella giustizia internazionale, comunitaria, costituzionale e amministrativa – anche in casi che riguardano il sacrificio di diritti non economici.

Vi è poi la seconda fase del controllo di proporzionalità. La giustificazione della misura di esercizio del potere pubblico, affinché

essa sia considerata proporzionata, necessita almeno di un'ulteriore condizione: quella – già sottolineata da Cesare Beccaria per le sanzioni penali e applicata in diritto amministrativo fin dal XIX secolo – che si concreta nella minore possibile restrittività della misura. È il test cosiddetto di «necessità» della misura medesima, che, diversamente dal test di proporzionalità in senso stretto, non comporta bilanciamento: ne discende una minore discrezionalità di giudizio e una minore incertezza valutativa. Quel che si richiede, infatti, è di prendere in considerazione possibili misure alternative rispetto a quella adottata, anch'esse adeguate al fine da perseguire, e di accertare se ne esistano di meno restrittive in relazione agli interessi o ai diritti coinvolti.

In definitiva, una maggior diffusione del controllo a due fasi consentirebbe di ridurre gli aspetti critici dell'applicazione del principio di proporzionalità. Nella prassi, tuttavia, si è più volte resa necessaria la terza fase, cioè il test di proporzionalità in senso stretto, fondato sul bilanciamento tra interessi pubblici e diritti, ovvero tra diversi diritti. Ebbene, in tali casi la riduzione della discrezionalità e dell'incertezza di giudizio può ottenersi effettuando non un bilanciamento in astratto degli interessi, valori e diritti contrapposti, ma una ponderazione in concreto. È quel che ha tentato di fare il *Conseil d'Etat* francese. Ad esempio, nel citato caso *Ville Nouvelle Est*, il giudice non si è limitato a soppesare in via generale l'interesse pubblico alla realizzazione urbanistica (la costruzione di una nuova città e di un centro universitario), da un lato, e i diritti dei proprietari espropriati, dall'altro. Ha valutato in concreto, anche sulla base di dati quantitativi, l'importanza della realizzazione urbanistica – una nuova città e un centro universitario con cinquantamila abitanti – a fronte del sacrificio imposto alle proprietà private, consistente in meno di cento abitazioni demolite. Ha concluso che la misura pubblica non ne risultava sproporzionata e, dunque, poteva considerarsi legittima.

Anche in sede teorica si è sottolineato che vi sono criteri di valutazione non arbitrari e non irrazionali nel giudizio di proporzionalità in senso stretto³⁵. E che, comunque, il bilanciamento con interessi e valori diversi non sminuisce i diritti, ma è il modo necessario attraverso il quale essi trovano realizzazione effettiva: in particolare,

³⁵ Si veda in tal senso R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, University Press, 2002, spec. 401 ss.

della libertà è stato detto che, per potersi realizzare nel modo più compiuto e autentico, essa è necessariamente «intrisa di ponderazione tra interessi diversi e consustanziata di limiti»³⁶.

Un discorso del tutto diverso va svolto sull'impiego del principio di proporzionalità al fine di limitare poteri privati. Gli esempi si sono fatti e riguardano, soprattutto, i poteri del contraente forte e i poteri sottoposti a controllo antitrust. In tali casi, è difficile applicare i criteri che sono stati impiegati per il controllo dei pubblici poteri. In particolare, il criterio della limitazione dei fini che con l'atto esercizio del potere si intendono perseguire è da escludere, poiché contrasta con l'ampia autonomia riconosciuta all'azione dei privati in sistemi giuridici sia di *common law* che di *civil law*. Anche il test di proporzionalità in senso stretto è di difficile applicazione. Può, invece, valere il criterio della misura meno restrittiva possibile quando, ad esempio, un recesso da contratto potrebbe essere adeguatamente sostituito da una modifica del regolamento contrattuale. Un parametro rilevante per l'impiego della proporzionalità a fini di limitazione dei poteri privati è, inoltre, quello della violazione della correttezza e della buona fede: quando l'esercizio del potere privato conduce ad una simile violazione, si è in presenza di un indice significativo della mancata proporzionalità del potere medesimo.

Le criticità che sono state sottolineate a proposito dell'uso della proporzionalità in diritto privato differiscono anch'esse da quelle, sopra esaminate, che riguardano l'impiego del principio in diritto pubblico. Può risultare difficile traslare nei rapporti interprivati un principio giuridico nato in contesti pubblicistici: in particolare, ha sollevato critiche l'uso della proporzionalità nel diritto contrattuale.

Può osservarsi però che, come vi è stata una penetrazione di principi di origine privatistica nel diritto pubblico – si pensi alla correttezza, alla buona fede, alla diligenza –, così è perfettamente concepibile che vi sia un cammino inverso. E, comunque, non va dimenticata l'importanza essenziale dell'uso del principio di proporzionalità al fine di limitare poteri privati, in quanto sono questi ultimi che nel mondo contemporaneo spesso minacciano i diritti ancor più

³⁶ Si vedano in proposito le fondamentali pagine di G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?* [1990], ora in ID., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, Il Mulino, 2014, 169 ss. (la frase citata è a 175).

dei poteri pubblici. La rilevanza indiscutibile di questo obiettivo giustifica l'uso della proporzionalità anche in diritto privato.

In conclusione, si conferma che il principio di proporzionalità – ove sia depurato dai suoi aspetti maggiormente critici relativi all'eterogeneità dei criteri utilizzati per il suo impiego e all'eccessiva discrezionalità attribuita al giudice nella valutazione della cosiddetta proporzionalità in senso stretto – è idoneo a garantire una forte espansione al controllo dell'eccesso di potere pubblico o dell'abuso di potere privato. Con una conseguente elevata protezione dei diritti incisi dai poteri pubblici e privati.

Un'attenzione particolare dovrebbe essere dedicata ai casi in cui il potere incide sulla dignità umana, che può subire anch'essa limitazioni, ma merita un controllo di proporzionalità sulla misura che la restringe ancor più penetrante di quello assicurato alle libertà economiche e ad altri diritti³⁷.

³⁷ Molto estesa è la letteratura sul particolare valore della dignità umana: una chiara sintesi della problematica può trovarsi in G. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, tomo II, Roma, Aracne, 2007, 185 ss.

I grandi princìpi del diritto nell'esperienza giuridica: laicità, sussidiarietà

Carlo Enrico Paliero

SOMMARIO: 0. Esplicazione dell'argomento. – 0.1. Premessa giusteoretica. – 1. L'analisi genetica. – 1.1. La funzione fondante-costitutiva. – 1.2. La funzione fondante-limitativa. – 1.3. Spettro semantico-ermeneutico e funzionalità politico-criminale. – 2. L'analisi di impatto. – 2.1. L'azione dei formanti. – 3. Conclusioni.

0. *Esplicazione dell'argomento*

L'analisi si occupa dei princìpi di *laicità* e *sussidiarietà*:

(i) nella loro *genesì*

(ii) nel loro *impatto*.

Nell'ambito della mia riflessione, a questi due – storicamente formalizzati e molto frequentati dalla dottrina, di settore e non – aggiungo l'ulteriore principio di *necessità*, come corollario e – per altro verso – complemento dei due precedenti (segnatamente, complemento speculare del principio di *sussidiarietà*).

Sotto il profilo semantico, il primo ha funzione predicativa rispetto al *sistema penale en bloc*, i due successivi rispetto, più specificamente, a la *pena* (a l'uso della).

Più in dettaglio:

(i.i) L'analisi *genetica* riguarda le fonti dei princìpi e la loro consistenza.

Siffatta analisi – stante il generalmente riconosciuto *pluralismo ordinamentale* tipico degli attuali '*sistemi a rete*'¹ – si declina a sua volta nelle seguenti diadi:

(A) Fonte *eso* (sovr)-*ordinamentale versus* Fonte *endo-ordinamentale*

(B) Consistenza *formale versus* Consistenza *sostanziale*

che a loro volta generano le seguenti combinazioni:

(α) Fonte *eso-ordinamentale formale*

(β) Fonte *eso-ordinamentale sostanziale*

¹ Per il concetto in generale, C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, 31 ss.

(γ) Fonte endo-ordinamentale formale

(δ) Fonte endo-ordinamentale sostanziale

(ii.i) L'analisi *di impatto* è *folgenorientiert*, scruta le conseguenze dell'applicazione del singolo principio sui *formanti* (in questo caso, solo endo-istituzionali) e sviluppa una griglia di sotto-ipotesi declinabili, per combinazioni/interrelazioni reciproche, a partire dalla diade:

(C) (x) Formante *legislativo* (L) *versus* (y) Formante *giurisprudenziale* (G)

laddove (y) a sua volta si scansiona in:

(y_i) Formante G *costituzionale*

(y_{ii}) Formante G *ordinario*.

0.1. *Premessa giusteoretica*

0.1.1. A fronte di tale pluralismo dei livelli e dei contenuti normativi di riferimento, la chiave di lettura che mi pare più adatta alla riflessione è rappresentata dalla nota dicotomia tra *regole* e *principi*, elaborata da *Ronald Dworkin* con riferimento ai problemi dell'ordinamento nordamericano² e successivamente utilizzata anche dalla dottrina costituzionalistica italiana³.

0.1.1.0. La sintesi di questa concezione della sistemica endo-normativa può essere colta nei passi seguenti:

– «La differenza tra principi giuridici e regole giuridiche è di carattere logico. Gli uni e le altre orientano a particolari decisioni, in particolari circostanze, su questioni di obblighi giuridici; ma differiscono per il carattere dell'orientamento che suggeriscono. Le regole sono applicabili nella forma del tutto-o-niente. Se si danno i fatti stabiliti da una regola, allora: o la regola è valida, e in tal caso si deve accettare la risposta che essa fornisce; oppure la regola è invalida, e in tal caso non influisce sulla decisione. [...]

Ma non è in questo modo che operano i principi [...]. Anche quelli che più somigliano alle regole non indicano conseguenze giuri-

² Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, (1978), trad. it., Bologna, 2010.

³ Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, *passim*. L'Autore sottolinea l'utilità della distinzione tracciata da Dworkin per «accostarsi alla lettura delle disposizioni costituzionali che tutelano i diritti, ed intendere le strategie argomentative adottate dalla Corte costituzionale quando è chiamata ad applicarle» (p. 10).

diche, che seguano automaticamente allorché si diano le condizioni /previste»⁴.

0.1.1.0.1. Seguendo la prospettiva tracciata da *Dworkin*, si può osservare che l'applicazione delle *regole* opera secondo un meccanismo sussuntorio e 'algoritmico': al verificarsi del fatto disciplinato da una regola, conseguono necessariamente gli effetti giuridici previsti dalla regola stessa, alla sola condizione che la regola sia valida; e, per converso, qualora una regola non sia valida, essa andrà integralmente disapplicata.

0.1.1.0.2. I *principi* operano invece in modo differente perché, per decidere della loro applicazione, occorre valutarne il 'peso' o l'*importanza*'; inoltre, «la caratteristica dei principi è di non essere applicabili uno alla volta, poiché ognuno viene necessariamente applicato in congiunzione con altri»⁵.

0.1.1.1.0. Da questa fondamentale differenza discende il diverso modo di comporre i conflitti che possono insorgere tra due o più regole, ovvero tra due o più principi.

0.1.1.1.0.1. Qualora due o più principi confliggano, occorre prendere in considerazione il peso relativo di ciascun principio.

0.1.1.1.0.2. Diversamente, se un conflitto sorge tra due o più regole, non è possibile considerarne la relativa *importanza*, né stabilire la prevalenza dell'una sull'altra in virtù del suo *maggior peso*, con la duplice conseguenza che: (i) se due regole confliggono, di una soltanto potrà predicarsi la validità; (ii) la decisione relativa a quale regola sia valida, e quindi applicabile, discende da criteri che stanno *al di fuori* della regola stessa⁶.

0.1.1.1.1. Un contesto come quello attuale, caratterizzato dall'incontro e dalla contaminazione tra l'universo giuridico sovranazionale e il diritto interno, ha aperto lo spazio a una radicale *prevalenza dei principi sulle regole*, stante l'assenza di un 'centro ordinante', di un 'totem' gerarchizzante e 'monopolista' equiparabile allo Stato⁷, e

⁴ Così R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 93 e s.

⁵ Così R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 39 e s.

⁶ A questo scopo, si considerino il criterio gerarchico, il criterio della *lex posterior*, o della *lex specialis*. Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 97.

⁷ Sulla valorizzazione del 'paradigma totemico' in relazione alla genesi dei sistemi punitivi mi permetto di rinviare al mio *L'Agorà e il Palazzo - Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.

dei tradizionali criteri ordinatori (la gerarchia e la competenza), che possano definire *ex ante* l'esito dei conflitti inter-ordinamentali:

– «In un “diritto senza codice”, un diritto complesso, cioè policentrico, permeabile e dinamico, il funzionamento e i limiti dell'attività normativa dipendono completamente dai *principi*, che assumono in questo modo un peso specifico elevatissimo nel sistema»⁸.

0.1.1.1.2. Quando si innesca un fenomeno di inter-normatività, quando cioè la definizione di un giudizio penale debba fare i conti con la stratificazione di *norme* prodotte da una pluralità di fonti diverse, e con la compresenza di *istituzioni* appartenenti ad ordinamenti diversi, diviene necessario indagare le relazioni che si instaurano tra gli ordinamenti stessi anzitutto in termini di legittimazione.

0.1.1.1.2.1. Nella letteratura giuridica in tema la contrapposizione ricorrente è quella tra legittimazione *formale* e legittimazione *sostanziale*. In altri termini, è possibile accostarsi alla lettura del concetto di legittimazione seguendo due diverse impostazioni: quella kelseniana, incentrata – com'è noto – sulla *Grundnorm* fondante ed unica, dalla quale tutte le norme ripetono la loro validità, che rende unitario e monolitico l'intero sistema⁹; ovvero, all'opposto, l'impostazione istituzionalistica di *Santi Romano*¹⁰ in cui, in ultima analisi, l'elemento legittimante di fondo è dato, a ben vedere, dal *consenso sociale*¹¹.

0.1.1.1.2.1.1. Sebbene *Santi Romano* sia tradizionalmente considerato, in Italia e in Europa, il pioniere della riflessione sul pluralismo giuridico¹², questo tema non è estraneo neppure all'opera del giurista viennese. Nella *Reine Rechtslehre*, la teoria della norma coesiste con la teoria dell'ordinamento¹³, sicché il fenomeno giuridico,

⁸ Così C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 16.

⁹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milano, 1959, 111 e ss.; ID., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), Milano, 1989.

¹⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, rist. 2^a ed. (1946), Firenze, 1951, spec. 27.

¹¹ Sui rapporti tra consenso sociale e legittimazione rinvio al mio *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss. (in particolare 899).

¹² Si veda, nella dottrina d'oltralpe, I. ESSER, *Grundsatz und Norm in der Richtlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1964, 292, n. 266; nella dottrina italiana cfr. A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, 1980, 43.

¹³ Kelsen affronta il tema del pluralismo giuridico analizzando, in particolare, i rapporti tra l'ordinamento statale e quello internazionale: cfr. H. KELSEN, *Il problema*

se dal punto di vista *nomostatico* è pensato come sistema gerarchizzato di norme, dal punto di vista *nomodinamico* altro non è che una gerarchia di ordinamenti e, dunque, una *pluralità* di ordinamenti, raffigurabili secondo una costruzione monistica e piramidale al cui vertice vi è l'ordinamento internazionale, da intendersi – alla stregua dell'espressione wolffiana – come *civitas maxima*¹⁴.

0.1.1.1.2.1.2. Ciò che è importante sottolineare in questa sede è che, mentre nella costruzione kelseniana il fondamento della legittimità degli ordinamenti è sovrastante ad essi, cioè 'viene *dall'alto*', nella dottrina del *Santi Romano*, all'opposto, esso 'viene *dal basso*', dalle istanze sociali. Nella dottrina istituzionista, infatti, la coscienza sociale non solo è la *sede* in cui si forma il diritto, ma è *essa stessa* 'diritto'¹⁵.

0.1.1.1.2.1.3. Breve. Il problema della legittimazione dei vari ordinamenti di cui si compone un '*sistema a rete*', è destinato a risolversi alla stregua della seconda delle prospettive qui, cursoriamente, riassunte: la prospettiva da assumere è, dunque, *antiformalistica*, nel senso cioè che *in ultima analisi* sarà il consenso sociale, la realtà sottostante ai sistemi l'elemento in grado di legittimare la dimensione sovrastante; purché, come si dirà, governato dal *razionalismo di scopo* da cui il legislatore deve farsi guidare alla stregua dei principî (politico-criminali) di cui *postea*.

1. *L'analisi genetica*

1.1. *La funzione fondante-costitutiva*

1.1. L'ipotesi è che si tratti di metaprinzipî. Solo a queste condizioni possono essere definiti principî genetici del (di un) sistema penale nel suo complesso.

1.1.1. Come tali sono pre-dati al sistema; ma anche pre-dati all'ordinamento, avendo una funzione analoga alla *Grundnorm* kelseniana: quella sul piano della *validità*, questi sul piano della *legittimazione*.

della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto (1920), trad. it., Milano, 1989.

¹⁴ Cfr. H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, cit., *passim*.

¹⁵ S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902), in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1960, 117-1150 (v. in particolare 142).

1.1.1.1. Di conseguenza non necessariamente sono formalizzati nei corpi normativi di base (Costituzioni, Carte dei Diritti internazionali), e possono essere anche indirettamente o implicitamente costituzionalizzati (come presupposti, o implicazioni di altri principî formalizzati *expliciter*).

1.1.2. Prima conclusione: nel (rispetto al) *nostro* ordinamento, sono individuabili come principî pre-costituzionali, recepiti in fonti sia *eso-* che *endo-*ordinamentali – ma nella sostanza tutte endo-ordinamentali, in virtù della norma-cerniera i cui all'art. 117 co. I Cost. – e a consistenza prevalentemente *sostanziale*; la loro eventuale formalizzazione non appare *diretta* (da parte di norme *ad hoc*), ma implicita e ricavabile (talvolta a fatica) sul piano sistematico, oppure ricorrendo all'ermeneutica combinatoria indiretta (combinato disposto delle *rationes* sottese a più norme disciplinanti altri principî/regole).

In ogni caso, sono principî *fondanti* o 'principî-fondamento'.

1.2. La funzione fondante-limitativa

1.2.1. Avendo a che fare con la *legittimazione* del diritto penale, i suddetti principî svolgono una *doppia funzione*: a quella di *fondamento* si aggiunge quella di *limite* [laicità/sussidiarietà(necessità) come principî-limite o 'limiti di principio'].

1.2.1.1. La prima di questa funzioni è di tipo genetico e tendenzialmente *statica*, la seconda è di tipo evolutivo e tendenzialmente *dinamica*.

1.2.1.1.1. Oggetto della funzione di limite è la *criminalizzazione*; sia quella *in astratto* che quella *in concreto*; le diverse modalità d'azione e i diversi gradi di impatto del 'limite di principio' dipendono dal formante rispetto al quale il limite deonticamente opera (il formante legislativo per la prima, il formante giurisprudenziale per la seconda).

1.2.2. I 'principî-limite' si distinguono in: (i) *assoluti*; (ii) *relativi*.

1.2.2.1. Un 'limite di principio' *assoluto* è rinvenibile solo in relazione alla *laicità*. Sussidiarietà e necessità sono invece 'limiti di principio' *relativi*.

1.2.2.1.1. Ciascuno di detti principî ha modulazioni nozionali interne che ne declinano i possibili diversi significati; taluni di questi significati, ricompresi nello spettro semantico (ma, correlativamente,

nel perimetro ermeneutico) di ogni singolo principio, hanno acquisito nel tempo autonomia e si costituiscono come ulteriori sotto-principi limitativi/regolativi.

1.3. *Spettro semantico-ermeneutico e funzionalità politico-criminale*

1.3.0. È bene precisare *in limine*, di ciascuno di questi principi, la nozione assunta convenzionalmente nell'analisi, e specificarne poi, per ciascuno, lo spettro semantico a tale nozione connesso; all'interno di quest'ultimo – se esistenti – saranno individuati i sotto-principi derivati dal principio-base e assurti a un riconosciuto grado di autonomia funzionale.

1.3.1. L'esposizione, anche riguardo alla nozione e al suo spettro semantico, rispetterà la sequenza: laicità/sussidiarietà(necessità). Muoverò dai contenuti più propriamente lessicali, per poi estendere l'analisi ai significati sistemici e gius-politici,

1.3.1.1. Dal punto di vista semantico-ermeneutico, al significante “*laicità*” si connette una principale diade di significati:

(a) Aconfessionalità

(b) Immanenza.

1.3.1.1.1. Nello specifico le due accezioni sono sinteticamente illustrabili rispettando la partizione tra *ratio* fondante e *ratio* limitante.

1.3.1.1.1.1.

(aa) Il primo termine della diade, che corrisponde alla più propria e letterale delle accezioni, rimanda:

(i) in funzione *fondante*, alla legittimazione democratica del potere punitivo statale, basata sul consenso sociale (formalizzato nelle decisioni parlamentari) e orientata dal pluralismo delle opinioni (*versus* l'integrazione in un unico credo, segnatamente – ma non necessariamente – religioso);

(ii) in funzione-*limite*, al divieto di criminalizzazione esclusivamente orientata alla legittimazione o al consolidamento mediante pena di un credo/opinione/*Weltanschauung* ('*way of life*') ovvero di forme di tutela penale sperequate in ragione di privilegi confessionali (o assimilabili).

1.3.1.1.1.2.

(bb) Il secondo termine della diade rimanda:

(i) in funzione *fondante*, alla formazione pluralistica e secolariz-

zata¹⁶ dell'ordinamento dal quale il sistema punitivo direttamente deriva, che ne condiziona la *'mission'*: che non è di affermazione assiologia di imperativi categorici di matrice etico-trascendente (kantiana o neo-kantiana), bensì di operatività teleologica, 'calata nella contingenza storica' e immanente alle dinamiche sociali di natura 'secolare':

– «Lo Stato non è un'istituzione deputata alla promozione della moralità (*Schopenhauer*). Nello Stato di diritto laico e pluralista, per giustificare l'intervento statale, attuato con la pena, sulla libertà personale, sulla generale libertà di agire e sul patrimonio, possono venire in considerazione solo condotte socialmente dannose in misura tale da far apparire la penalizzazione come assolutamente inevitabile»¹⁷.

(ii) in funzione-*limite*, all'orientamento a una *razionalità di scopo*, di tipo weberiano¹⁸, perimetrante l'impatto mediante pena entro i confini dell'utile sociale contingente, formalizzato in un catalogo di oggetti (i 'beni giuridici') etero-legittimati – rispetto al sistema normato penale – dalla loro funzione/rilevanza verificata sulla base del consenso sociale consolidato.

1.3.1.1.2. In sintesi: il principio di laicità si oppone *incondizionatamente* alla facoltà di criminalizzare condotte indesiderate solo per la loro immoralità, irreligiosità, inesteticità, asocialità, ma *non* dannose socialmente, cioè costitutive di danno a terzi; fa divieto *assoluto* al legislatore di promuovere con la pena un credo religioso, morale o un qualsivoglia *'way of life'*, conculcando la libera opinione e il diritto di autodeterminarsi¹⁹.

1.3.1.1.2.1. Inteso 'in negativo' il 'principio-limite' di *laicità* argina la 'criminalizzazione della (im)moralità'; inteso 'in positivo' ancora indissolubilmente la "penalità legittima" alla *meritevolezza di pena*²⁰:

¹⁶ Sulla laicità del diritto penale ancora fondamentali le osservazioni di ARTH. KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Fest. Henkel*, Berlin-NewYork, 1978, 89 ss. V. inoltre F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 309 ss.; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 ss. e, più di recente, S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007, 9 ss.

¹⁷ H. HELDMANN, *Die Sinnlosigkeit des Strafens*, in *Vorgänge*, 1972, 160.

¹⁸ Cfr. M. WEBER, *Economia e società* vol. I (1922), trad. it., Milano, 1986, 21 ss.

¹⁹ In proposito cfr., J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, IV, *Harmless Wrongdoing*, New York-Oxford, 1988 (specialmente le Conclusioni, 318 s.).

²⁰ Sui concetti di "Meritevolezza/Bisogno di pena" v. da ultimo perspicuamente

sia in senso soggettivo (rispetto del principio di colpevolezza *ex art.* 27 co. I Cost.); sia in senso oggettivo (rispetto della funzione critico-fondante del *topos* “bene giuridico”²¹).

1.3.1.2. Parallelamente, sempre dal punto di vista propriamente semantico-ermeneutico, al significante “*sussidiarietà*” si connette, come principale, la seguente diade di significati:

(aa) Residualità (*extrema ratio*)

(bb) Gradualità (giusto mezzo per il giusto scopo).

1.3.1.2.1. Risolto positivamente il quesito circa la presenza di quell’‘interesse qualificato’ omologato come «bene giuridico», si apre per il legislatore il ventaglio delle scelte ‘di opportunità’, affidate alla sua *discrezionalità politica*²²: ma l’‘estrema’ incisività del mezzo impiegato (la pena), l’‘estrema’ importanza del bene colpito (la libertà personale) *vincolano* – sia pure in termini *relativi* – tale discrezionalità ad un *criterio di extrema ratio*.

1.3.1.2.1.1. Ne consegue che la pena è indicata come strumento di tutela da comportamenti socialmente dannosi solo a due condizioni, relative l’una [α] all’*an*, l’altra [β] al *quantum* della tutela:

[αα] solo in quanto si dimostrino insufficienti gli altri (meno incisivi) strumenti di controllo sociale (offerti dal diritto civile, dal diritto amministrativo, dall’arsenale delle misure di terapia sociale) (principio di *sussidiarietà* in senso proprio, o di *necessarietà*, o del ‘bisogno di pena’);

[ββ] solo rispetto a quelle schegge di ‘dannosità sociale’ che raggiungano il ‘picco’ del ‘socialmente intollerabile’: quei frammenti cioè di condotta che – principalmente in ragione delle modalità di lesione o dell’atteggiamento dell’agente – rappresentino quegli «esempi insopportabili» che, *soli*, il legislatore penale – provvidenzialmente «pigno» –²³ considera nella sua arte, perché forniscono

D. TONON, *Fra delitto e castigo - Sistematica e genetica politico-criminale degli ‘istituti della punibilità’*, Torino, 2014, spec. 158 ss.

²¹ Cfr. di recente riepilogativamente su concetto e storia dogmatica del *topos*, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico - Un consuntivo critico*, Torino, 2014.

²² Rispetto alle quali la nostra Corte costituzionale ha esercitato e teorizzato il più ampio *self-restraint*: ancora attuali in proposito, riguardo alla materia penale, i rilievi di A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, II, 192 s. Più in generale, v. G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, Milano, 1977.

²³ Evoco qui la nota metafora di K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, I, 2^a ed., Leipzig, 1902, 20, ripresa, fra gli altri, da H. MAYER, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936, 72 s. e, successivamente, da

per antitesi i punti di orientamento essenziali alla conservazione dell'ordine giuridico-sociale (principio c.d. di *frammentarietà* del diritto penale²⁴).

1.3.1.2.1.1. In coerenza con quanto precede, il principio di *gradualità* come declinazione del noto criterio gius-pubblicistico del “giusto mezzo per il giusto scopo”, nella materia penale si specifica come criterio del “*minimo* mezzo per il giusto scopo”.

1.3.1.2.2. In conclusione: il carattere di *residualità* dell’“opzione penale”²⁵ impone il vaglio di tutte le altre scelte di tutela possibili, per giungere solo in ultima analisi alla criminalizzazione; il carattere di *gradualità* impone di porre la scelta criminalizzatrice funzione del grado dell’offesa, selezionando drasticamente e perimetrando accuratamente le ‘forme di manifestazione’ dei comportamenti offensivi in ragione del grado di intensità e delle modalità di offesa ai beni giuridici meritevoli (alla stregua del precedente principio) di tutela penale.

1.3.1.3. Ulteriore condizionamento, o limite *relativo*, la discrezionalità, *in primis*, del legislatore incontra nel principio di “*necessità*”, inteso come *indispensabilità* del ricorso alla pena.

1.3.1.3.1. Questo ulteriore principio è ‘derivato’ dal precedente e ad esso indispensabilmente complementare, non solo – e non tanto – in quanto rappresenti l’altra faccia’ del principio di sussidiarietà (la pena deve *realmente* costituire l’*unico* strumento necessario per garantire una tutela adeguata al bene giuridico), bensì in quanto esprime il vincolo del legislatore alla *certezza* del carattere indispensabile del ricorso alla pena, nonché il confinamento della tutela entro gli stretti limiti della *proporzionalità* al ‘bene di raffronto’ della libertà personale.

1.3.1.3.1.1. I sopra enucleati sub-limiti (relativi) si specificano, a loro volta nei termini seguenti.

(i) Il vincolo di *certezza* si ricollega a un principio, «*in dubio pro libertate*»²⁶, che in questo caso si risolve nella (*tendenziale*) fissazione di un (doppio) ‘*onere di prova*’ a *carico del legislatore*: prova della

M. MAIWALD, *Zur fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Fest. Maurach*, Karlsruhe, 1972, 9 s.

²⁴ Da ultimo, sul concetto e la sua storia dommatica, T. VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014.

²⁵ Mutuo l’icastica espressione da P. NUVOLONE, *L’opzione penale* in *Fest. Jescheck*, Berlin, 1982, vol. II, 829.

²⁶ Cfr. in proposito, in generale, K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1972, 326 ss.

dannosità sociale del comportamento e prova della *indispensabilità* di una tutela *penale* (c.d. *Beweislastfrage*)²⁷.

(ii) Il criterio di *proporzione* (o di proporzionalità, sotto-principio politico-criminale fra i più consolidati, che ad esempio nell'ordinamento costituzionale tedesco assume una più ampia valenza costituzionale²⁸, paragonabile a quella del «principio di ragionevolezza» elaborato dalla nostra Corte in aderenza all'art. 3 Cost.), nella materia penale si áncora obbligatoriamente ad un solo parametro: la *libertà personale* (art. 13 Cost.). Ne consegue, *non solo* che il legislatore può criminalizzare *esclusivamente* condotte lesive di beni giuridici *proporzionati* (ma non necessariamente di pari grado) rispetto al 'bene di raffronto' della libertà personale (v. *retro* §§ 1.3.1.2.1. ss.), ma *soprattutto* che la *misura* della tutela penale può estendersi, in 'ampiezza' e 'profondità', solo *proporzionatamente* (c.d. *Übermaßverbot*)²⁹ al *rango* e al *grado di aggressione* evidenziati dal bene giuridico – che resta, ovviamente, la pietra angolare del sistema anche sotto il profilo politico-criminale.

2. *L'analisi di impatto*

2.1. *L'azione dei formanti*

2.1.0. Riprendo la formulazione proposta *retro*:

(x) Formante *legislativo* (L) *versus* (y) Formante *giurisprudenziale* (G)

laddove (y) a sua volta si scansiona in:

(y_i) Formante G *costituzionale*

(y_{ii}) Formante G *ordinario*,

elaborando altresì i seguenti teoremi.

2.1.0.1. L'azione del formante L si articola differentemente a seconda che L sia *interno* o *esterno* (sovrnazionale).

La ragione di ciò risiede nel fatto che la griglia di principî di cui trattiamo ha natura *formale* (diretta, o *per interpretationem*, evolu-

²⁷ Rinvio, a proposito di questa tematica, sviluppata in particolare dal BVerfGE tedesco, al mio *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 464 ss. (anche per gli opportuni riferimenti bibliografici).

²⁸ Cfr. in generale H. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981 (segnatamente, per la materia penale, 143 s.; per il paradigma mezzo-scopo, 158 s.).

²⁹ V. *retro*, nt. 27 (anche per la bibliografia).

tiva/sistematica) per quanto riguarda il formante *interno*, solo *so-stanziale* per quanto riguarda il formante *esterno*, con conseguente incertezza sulla reale validità dei principî stessi e sulla loro estensione /estensibilità.

2.1.0.1.1. Con riguardo, segnatamente, al formante L *interno*, l'analisi di impatto deve riguardare anche l'azione del formante G *costituzionale*, ma limitatamente ai *dicta* volti al riconoscimento, all'esplicazione e all'individuazione dell'ambito di validità dei principî stessi.

Trattandosi infatti di criteri prevalentemente ricavati *per interpretationem* (sistematica), l'attività ermeneutica della Corte ha funzione *materialmente legislativa*, in questo caso, in modo diretto su nozione, contenuto e validità dei principî stessi.

2.1.0.1.2. Con riguardo al formante G, data per presupposta l'ovvia diversità di rango e conseguentemente, di 'potere d'azione', il quadro può dirsi sintonico, differenziandosi le relative azioni (e conseguenti impatti) solo in ragione dell'oggetto (la norma *per se versus* i suoi perimetro/area applicativi) e della profondità dell'impatto (nucleare-ablativo *versus* periferico-rimodellante).

2.1.1. Principio di laicità

2.1.1.1. Muovendo dal versante nazionale, nella implementazione del principio di *laicità* viene principalmente in considerazione il formante G *costituzionale interno*, ma per lungo tempo in relazione a un solo settore di disciplina, vale a dire i delitti in materia di religione, con riferimento ai reati di bestemmia (art. 724 c.p.) e di vilipendio della religione (artt. 402 ss. c.p.).

2.1.1.1.1. Il reato (contravvenzionale) di "bestemmia" è stato oggetto della risalente sentenza della Corte cost. n. 925 del 1988, che ha 'salvato' la fattispecie, riconoscendone, sì la contrarietà al principio di laicità inteso nella sua accezione più limitativa (divieto di discriminazione o di privilegio di un credo religioso rispetto agli altri), ma giustificandone la *meritevolezza di pena* sulla base della «*constatazione sociologicamente rilevante, che il tipo di comportamento vietato concerne un fenomeno di malcostume divenuto da gran tempo cattiva abitudine per molti*»³⁰.

2.1.1.1.1.1. In questo modo si è di fatto tradito il significato più pregnante del principio di laicità, continuando a ritenere meritevole

³⁰ Il 'salvataggio' (sia pure con l'espunzione dei riferimenti alla "Religione dello Stato") si è mantenuto anche con la successiva sentenza n. 440 del 1995.

di pena un comportamento meramente 'amorale', di puro 'malcostume' (se non di semplice 'ineleganza'), in assenza di una concreta offensività per un bene giuridico.

Della norma si è successivamente occupato il formante L (*interno*), depenalizzando la relativa fattispecie (art. 57 l. n. 507 del 1999), ma in applicazione del diverso principio di *sussidiarietà*, in termini di residualità dell'opzione penale rispetto a un comportamento conculcabile con il ricorso a più blandi strumenti coercitivi (nella specie, sanzioni amministrative).

2.1.1.1.2. In una serie di sentenze³¹ relative, questa volta, ai *delitti* di offese alla religione la Corte consacra *explicititer* «il principio fondamentale di laicità dello Stato, che implica equidistanza e imparzialità verso tutte le confessioni»³² rendendolo suscettibile di un impiego esteso ad ogni forma di convinzione personale (non necessariamente solo religiosa).

2.1.1.1.2.1. Tuttavia l'esito di questa consacrazione costituzionale del principio non coincide con l'effettivo esercizio della funzione-limite del principio, con l'estromissione dall'area del penalmente rilevante di ogni forma di espressione (anche iconoclasta) del proprio 'atteggiamento di coscienza', ma all'opposto con il riconoscimento costante di una meritevolezza di pena di siffatte condotte, semplicemente perequando la misura della sanzione a prescindere (ovviamente) dal tipo di credo religioso offeso.

2.1.1.1.3. Un'autentica svolta, in attesa di consolidazione, nella giurisprudenza costituzionale sul principio di *laicità* è invece rappresentata dalla sentenza n. 162 del 2014 sul divieto di fecondazione eterologa³³ (norma non *stricto sensu* penale, ma penale-amministrativa di tipo punitivo, di sicuro afferente alla *matière pénale* secondo i dettami della CEDU).

2.1.1.1.3.1. Questa sentenza rappresenta un tipico esempio di impiego della laicità come metodo. Il divieto di eterologa per la Consulta è illegittimo: (i) perché espressivo di una opzione morale; (ii) perché fondato solo su una visione etica della famiglia.

2.1.1.1.3.1.1. Tale conclusione è il punto di arrivo di un'argomentazione che si snoda tra valutazioni in termini di coerenza in-

³¹ Si tratta delle sentenze: n. 329 del 1997; nn. 213 e 327 del 2002; n. 168 del 2005.

³² Corte cost., 9 luglio 2002, n. 327 relativa all'art. 405 c.p.

³³ Per un sapido commento, P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014.

terna (uguaglianza) e di adeguamento dei mezzi agli scopi della legge (uguaglianza/ragionevolezza: giusto mezzo per il giusto scopo). In questo caso, la laicità impone un metodo di analisi, non un'indifferenza ai valori.

Interessante in proposito è la parabola della vicenda: prima i giudici *a quibus* avevano sollevato questione di legittimità sul parametro dell'art. 117 co. I Cost. in virtù della sentenza della Corte EDU, poi contraddetta dalla Grande Chambre sicché conseguentemente la Consulta rimette gli atti. La questione viene riformulata sulla base dell'art. 3 e viene accolta.

La vicenda ci fa capire che in ultima analisi non sono i contenuti di questo o quel principio ad essere essenziali, ma il metodo di valutazione. Un metodo, in questo caso fondato sul *Grundprinzip*- laicità. Per questo poco cambia se i giudici *a quo* sostituiscono il parametro, è il metodo (la 'determinante laicità') che fa emergere il vizio.

2.1.1.2. Avuto riguardo invece al formante L *sovranazionale*, il *trend* attualmente riscontrabile vira all'opposto *versus* la valenza (segnatamente *versus* la funzione-limite) del principio di *laicità*.

2.1.1.2.1. Vengono qui in considerazione le fonti normative dell'Unione. Sul versante dei "*bisogni di pena*" comunitari, si assiste all'irrompere di venti di criminalizzazione, di esclusiva fonte europea, fondamentalmente *orientati sull'etica*; il legislatore europeo fomenta campagne di penalizzazione, veicolate attraverso corrispettivi *obblighi di penalizzazione*³⁴ (si pensi al negazionismo, alla pedopornografia virtuale, alla regolamentazione anche penalistica della tutela dell'embrione)³⁵, nelle quali le necessarie valutazioni di meritevolezza e bisogno di pena si sganciano dal concetto di *reale* "dannosità sociale" per poggiare sulla mera *percezione* di "irritabilità sociale".

2.1.1.2.1.1. Se ne ricava l'impressione che lo stigma criminale, nella progettualità criminal-politica unitario-europea, funga da perimetro delimitativo dell'*"ethically correct"*, per stabilizzare una figura

³⁴ Per una aggiornata descrizione di questa problematica e per gli opportuni riferimenti bibliografici, v. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 193 ss., 243 ss. Sul tema in generale resta fondamentale la riflessione critica di D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.

³⁵ Per tutti, cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 94 ss.; Id., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea* in *Cass. pen.*, 2010, 3, 326 ss., 338.

di “*good fellow*” comunitario (soggetto di ‘buoni sentimenti’, oltre che ‘di buon comportamento’) che della κοινή europea incarna l’Idealtipo ‘antropologico’ destinato a fungere da *testimonial* e icona dell’Istituzione stessa – in qualche misura così, a sua volta, ‘antropomorfizzata’ – cui siffatto profilo viene sineddoticamente esteso.

2.1.1.2.1.1.1. Se questa tendenza permanesse e si intensificasse, all’unisono con la sempre maggiore pervasività e vincolatività degli *inputs* di criminalizzazione *ab externo*, al principio di *laicità* fondamento e limite della penalità si sostituirebbe la *eticità convenzionale* come solo fondamento (*mai* limite) del potere punitivo, sia centrale che periferico (*rectius*, con movimento espansivo, dal centro ‘unionista’ alle periferie nazionali).

2.1.2. Principio di sussidiarietà

2.1.2.1. Fondamentale per lo sviluppo del principio di *sussidiarietà* è risultato il formante G *costituzionale interno*, in quanto banco di verifica delle scelte legislative concernenti singole opzioni penali-paradigma, nella misura in cui sono risultate critiche, o *border-line* rispetto alla *inevitabilità* (sussidiarietà/necessità) del ricorso alla pena per determinati beni giuridici/determinate forme d’offesa.

2.1.2.1.1. La più risalente delle prese di posizione in merito della Corte è la sentenza n. 409 del 1989 sull’obiezione di coscienza. Qui viene espressamente declinata la paradigmatica politico-criminale sopra enunciata nei tre sottoprincipi di (i) lesività (tutelabilità con pena dei soli interessi – ‘beni giuridici’ – costituzionalmente significativi); (ii) proporzionalità (giusto mezzo per il giusto scopo); (iii) sussidiarietà *stricto sensu* (pena come *extrema ratio*).

2.1.2.1.1.1. Viene in sintesi qui riconosciuto che «*non vi è dubbio che il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l’ambito del penalmente rilevante*» [anche se la pronuncia è stata di parziale illegittimità limitata alla sproporzione della pena, opponendo invece la Corte il proprio *self-restraint* rispetto all’opzione penale in sé].

2.1.2.1.2. Rispetto al reato di ‘clandestinità’, una serie di ordinanze³⁶, tutte di inammissibilità, rilevano al loro interno un’elevata sensibilità dei giudici di merito remittenti – il formante G *ordinario* –

³⁶ Sono, rispettivamente, la n. 253 del 2010; le nn. 84, 144 e 200 del 2011.

per il principio e le sue declinazioni più 'alte'; tuttavia la Corte non ha ritenuto nell'occasione di svilupparne in termini di impatto sulla norma censurata (e sul sistema nel suo complesso) le potenzialità evolutive.

2.1.2.1.3. In diverse altre occasioni la Corte ha sanzionato *explicit* il *topos* della sussidiarietà come residualità/*extrema ratio* [sent. n. 360 del 1995; n. 447 del 1998; n. 263 del 2000; n. 354 del 2002], specificando in particolare che «*la pena è mezzo da riservare ai casi in cui non appaiono efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali*» [sent. n. 317 del 1996].

2.1.2.1.3.1. Tuttavia i risultati di impatto di siffatta ermeneutica criminal politicamente orientata sono stati di estrema modestia. A conti fatti, e se non mi inganno, la funzione epurativa dell'eccedenza di penalità *ratione subsidiariorum* si è limitata alla abrogazione della norma che vietava di esporre in pubblico bandiere di uno stato estero! [sent. n. 189 del 1987].

3. Conclusioni

3.1. In definitiva si può constatare che:

(i) Il consolidamento dei principî, innegabile a livello teorico-dottrinale, e pur fornito di solida base sia normativo-formale (Carte costituzionali) che normativo-sostanziale (consenso sociale), risulta modesto nei formanti L (come dimostra la casistica di norme *borderline* affrontata dalle Corti ma lasciata inalterata nella sua validità) e nello stesso formante G, segnatamente *costituzionale*.

(ii) Laddove pure è avvenuto, nei principali formanti di azione (L e G), esso tuttavia si è tendenzialmente limitato alle affermazioni di principio, senza adeguatamente tradursi in termini di significativo impatto sul quadro normativo penale vigente.

(iii) Si può constatare una sostanziale emarginazione del principio *assoluto* (*laicità*) a favore dei principî relativi (*sussidiarietà/necessità*); anche questioni implicanti la verifica del limite di laicità alla criminalizzazione sono state prevalentemente risolte (o, più spesso lasciate prive di soddisfacente soluzione) facendo ricorso al principio di sussidiarietà, preferibilmente declinato in termini di proporzionalità.

(iv) L'impatto sul sistema penale dell'uso dei principî si è preferibilmente limitato a incidere sulla (misura del)la sanzione, piuttosto che sulla validità del precetto comportamentale.

SOMMARIO: 1. La procedura civile e le regole. – 2. I princìpi processuali, le nuove codificazioni e il c.d. *soft-law*. – 3. I princìpi internazionali, europei e costituzionali sul processo civile. – 4. La *Maximenmethode* e la nascita della moderna scienza del diritto processuale civile. – 5. I princìpi e le riforme del processo. 6. I princìpi nell'*ordo iudicarius* medioevale. – 7. I princìpi fra costruttivismo razionalistico e logica dialettica. – 8. Il recupero della funzione assiologica dei princìpi processuali. – 9. La collisione fra princìpi e i *substantialia processus*.

1. *La procedura civile e le regole*

Diffusa è l'idea che la “procedura” civile sia una disciplina altrettanto complessa che arida, intessuta soltanto di regole sui termini e sulle forme, insomma “*une fille de Thémis à la mauvaise réputation*”¹.

Quanti siano tuttora irretiti da questa idea, non si sorprenderanno affatto della assenza degli studiosi del processo civile dalla discussione sui princìpi generali dell'ordinamento giuridico, nel maggio del 1940 a Pisa così come nel maggio di 51 anni dopo a Roma.

Il processualcivilista, si dirà, mentre indugia sulla *forma iudicii*, non può innalzarsi alle premesse ultime del sistema da cui discendono (*ex principiis derivationes*) i vari precetti.

Salvatore Satta, ad esempio, postosi ad indagare il mistero del processo, riconosceva che, se si adotta una certa prospettiva, il codice di procedura civile appare come il più noioso fra i codici, nient'altro che una filza di norme regolamentari². Dopo tutto, il primo organico codice di procedura civile della storia, quello di Luigi XIV del 1667, è generalmente visto come un “*code des formalités et délai*”. Lo stesso codice di procedura civile napoleonico del

¹ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 29^a, Paris, 2008, 1. La considerazione di questi studiosi francesi si può riferire anche all'Italia, dove pure la “procedura” si è evoluta – come tutti sanno – in “diritto processuale civile”.

² Cfr. S. SATTA, *Il mistero del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 274 ss.

1806 egualmente è considerato un “codice di regole”³, il che è ancor più significativo considerando che il codice civile francese di due anni prima viene usualmente reputato come modello di “codice di principi”.

Parrebbe per di più che il problema non sia del codice di rito ma proprio della materia, se si pensa che Daniel Nettelblatt – al quale si fa risalire la nascita della moderna scienza del processo civile – notoriamente alludeva nel 1762 alla procedura come alla “*arte di gestire gli atti*” (“*die Kunst, mit Akten umzugehen*”)⁴.

Potrebbe sembrare che vi siano pertanto elementi per trarre la deduzione che, per sua natura, la disciplina del processo non può elevarsi al “principio”. Ci sia o non ci sia un codice di procedura civile, vi si applichi una norma posta monopolisticamente dal legislatore o creata coralmemente dalla prassi comune dei tribunali, sta di fatto – si potrebbe proseguire – che è la “regola” a farla da padrona.

2. *I principi processuali, le nuove codificazioni e il c.d. soft-law*

Nella disciplina del processo le regole contano, eccome! Moltissimi precetti dei codici di rito sono meccanicamente applicabili in una “*all-or-nothing fashion*”⁵.

Ma non si deve esagerare l’importanza di questa notazione. Lo studioso del processo civile da sempre è costretto a muoversi su piani diversi e, se è ovviamente guidato dalla regola, nel suo cammino è illuminato da principi, quale che sia il contesto nel quale opera, vi domini un codice calato dall’alto o una *tela giudiziaria* sorta dal basso, una *Ordnung* ufficiale dell’autorità o il *gemeines Recht*.

Attualmente le nuove codificazioni in materia processuale esordiscono con la enumerazione dei principi generali del processo.

³ U. PETRONIO, *Introduzione, Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in *I Codici Napoleonici. T. I Codice di procedura civile, 1806*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano, 2000 XXXVIII-XLI.

⁴ La massima di Nettelblatt è stata però fraintesa (o, meglio, decontestualizzata): K.W. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozeß. Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*, Tübingen, 1976 (trad. it., Roma, 2013, con pagine introduttive di M. Ascheri e N. Picardi), 21 e nota 65.

⁵ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, (1977), rist. 2012, London, spec. 40 ss. (trad. it., *I diritti presi sul serio*, nuova ed., Bologna, 2010).

Per non dire delle *Civil Procedure Rules* (CPR) inglesi⁶ o del c.d. codice italiano del processo amministrativo⁷, basti richiamare per dimostrarlo i codici di procedura civile brasiliano del 2014⁸ e portoghese del 2013⁹, quello svizzero del 2008, il primo codice unico per tutti cantoni elvetici¹⁰. Molti codici latino-americani dedicano una parte introduttiva alla indicazioni dei principi del processo. Si pensi ai titoli preliminari del *Código Procesal Civil* peruviano del 1993¹¹ e del *Código de procedimiento civil* venezuelano del 1990¹² oppure al *Código General del Proceso* dell'Uruguay del 1988¹³, ecc.

L'esempio più importante è però costituito dal «nouveau» *code de procédure civile* (NCPC¹⁴) francese del 1975, i cui primi ventiquattro articoli pongono i principi fondamentali¹⁵ del processo civile, denominati – recependo la indicazione di René Morel – “principi direttivi”, dietro i quali si scorgono i *Grundprinzipien* tedeschi, penetrati nella cultura francese con la mediazione del celebre comparatista Robert Wyness Millar¹⁶ e con la sua opera sui “*Formative Principles of Civil Procedure*”¹⁷.

Il fenomeno in atto si distacca dalla impostazione seguita nelle tradizionali “disposizioni generali” dei codici di procedura civile precedenti, compreso il *Code judiciaire* belga del 1967¹⁸.

⁶ Dove peraltro se ne parla sotto il titolo: “*The overriding objective*”.

⁷ D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (artt. 1-3).

⁸ Artt. 1-12.

⁹ Il titolo I del libro I del CPCp/2013 (artt. 1-9).

¹⁰ L.P. COMOGGIO, *Principi e garanzie fondamentali del nuovo processo civile elvetico*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 652 ss.

¹¹ Artt. 1-10.

¹² Artt. 1-27 (nonché – a proposito dei doveri delle parti – artt. 170 ss.).

¹³ V. i primi undici articoli.

¹⁴ Dal dicembre 2007 semplicemente “*code de procédure civile*”.

¹⁵ Cfr., per tutti, lo studio monografico di M. SCHILLING, *Die “principes directeurs” des französischen Zivilprozesses*, Berlin, 2002.

¹⁶ L. CADDET, *The International sources of French civil procedure*, in AA.VV., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, a cura di M. Deguchi e M. Storme, Antwerpen-Apeldoorn, 2008, 261 ss., 266 ss.

¹⁷ R.W. MILLAR, *The Formative Principles of Civil Procedure*, in AA.VV., *A History of Continental Civil Procedure*, a cura di A. Engelmann, et al. (Boston, 1927), rist. Buffalo, New York, 1999, 3 ss.

¹⁸ Se pure contempla una prima parte dedicata ai “*Principes généraux*” (artt. 1-57), vi figurano, insieme a veri e propri principi fondamentali, regole organizzative nei settori più vari.

Con i nuovi codici il campo visivo non tanto si allarga, quanto si trasforma rispetto al passato. Si arricchisce il catalogo stesso dei principi, perché a quelli consegnatici da una esperienza millenaria o secolare, si giustappongono principi di recente, se non recentissima elaborazione, filtrando i valori iscritti nelle Costituzioni o recependo le indicazioni delle Corti supreme, nazionali e non: i principi di proporzionalità, di efficienza ed effettività, di buona fede, quelli che favoriscono l'accesso alla giustizia o reprimono l'abuso del processo o sollecitano la collaborazione fra il giudice e le parti o invitano alla concisione nella redazione degli atti giudiziari¹⁹, ecc.

Il fascino esercitato da questa tendenza è testimoniato anche dai progetti di riforma dei codici di rito, ufficiali e non²⁰. Se ne indovina una convalida non meno patente altresì nella predisposizione di principi transnazionali del processo dai quali irradiano regole procedurali di dettaglio. In questo senso il cosiddetto *soft-law* è la riprova della capacità ordinante che si è proclivi a riconoscere al "principio" quando si punti all'accostamento di ordinamenti differenti e alla omologazione di tradizioni giuridiche diverse²¹. L'asse portante di questa embrionale forma di "diritto processuale" va spostandosi dal comando di un legislatore al prodotto dell'esperienza collettiva raccolta con l'attività razionale dei giuristi²².

Pure all'interno dei singoli ordinamenti vigoreggia la funzione argomentativa dei principi processuali. È noto²³ che, soprattutto per

¹⁹ Sembra trovare ancora credito l'idea (V. CAPPELLETTI, *Libertà individuale e giustizia sociale*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 11 ss.) secondo cui, se le garanzie tradizionali rispondono alle esigenze di un processo "liberale", non bastano però ad assicurare un processo "giusto".

²⁰ Cfr. il progetto di A. PROTO PISANI: *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 1 (artt. 0.1-0.25).

²¹ Cfr. i 'Principles of Transnational Civil Procedure' elaborati congiuntamente nel 2004 dall'Unidroit e dall'ALI (*American Law Institute*), per la definizione delle liti in materia commerciale. Cfr. la edizione dei principi pubblicata da Cambridge University Press: ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge, 2006. Abbiamo consultato la rist. 2007 in broccura. Si veda pure il *Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica* del 1988, elaborato su iniziativa dell'*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*.

²² Lo nota, con riferimento al diritto privato, P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* in ID., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 162.

²³ V., per tutti, M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giu-*

mezzo del principio di durata ragionevole, la Cassazione ha (nell'ultimo lustro o poco più) praticato in modo sempre più massiccio una argomentazione con funzione decostruttiva o ablativa di regole tecniche processuali (anche essenziali per la garanzia del diritto di difesa), sconvolgendo occasionalmente l'ordine preesistente.

3. *I principi internazionali, europei e costituzionali sul processo civile*

Non si deve però credere che si sia giunti alla situazione attuale da molto tempo. Tardi²⁴ è maturato tra i processualcivili l'interesse per la Costituzione²⁵ e lentamente se ne sono misurati gli effetti sulle vigenti regole procedurali e scoperti i riflessi sui principi processuali tradizionali, per renderli davvero aderenti ai bisogni connessi ai giudizi civili. Solo col tempo si è consolidata l'idea²⁶ che il diritto processuale sia nient'altro che diritto costituzionale applicato²⁷.

Gradatamente²⁸ è pure cresciuto l'interesse fra gli studiosi del processo per le disposizioni della CEDU e per le norme europee²⁹,

risprudenza della Corte di cassazione, Napoli, 2010; G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012.

²⁴ Cfr. A. PROTO PISANI, *Il processo di cognizione a trent'anni dal codice (Un bilancio e una proposta)*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 35 ss., spec. 39; F. CIPRIANI, *La prima sentenza della Corte costituzionale sul c.p.c. (Nel cinquantenario dell'entrata in funzione della Corte)*, in AA.VV., *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. Fazzalari, Napoli, 2006, 71 ss., spec. 82 ss.

²⁵ Inutile sottolineare il profondo distacco dei principi processuali nella Costituzione rispetto alle regole del codice di rito del 1940 costruite dal punto di vista del giudice.

²⁶ W. HABSCHEID, *Les grands principes de la procédure civile: nouveaux aspects*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, vol. 2, 3 ss. Va pure segnalata la elaborazione giurisprudenziale (sulla premessa del carattere precettivo dell'art. 111, co. 2 – ora co. 7 – Cost.) del ricorso (straordinario) per cassazione contro le sentenze c.d. in senso "sostanziale": v., per tutti, R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, 2005.

²⁷ N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974.

²⁸ F. CIPRIANI, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 40 ss. ricorda la sottovalutazione (protrattasi per anni) dell'art. 6 CEDU.

²⁹ Cfr., per questa evoluzione, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2ª, Torino, 2012, spec. 64 ss.

quali mediate dalla giurisprudenza delle Corti rispettivamente di Strasburgo³⁰ e di Lussemburgo.

Si è creato un circolo virtuoso fra normativa nazionale, europea e internazionale³¹ incentrato sulla tutela dei “*droits fondamentaux du procès*”³², come ha segnalato in Italia la costituzionalizzazione nel 1999 dei principi del giusto processo regolato dalla legge di fronte ad un giudice terzo ed imparziale, nel contraddittorio tra le parti.

La stessa idea della effettività della tutela giurisdizionale, compiutamente espressa a suo tempo dalla dottrina italiana, ha attratto sempre più la cultura giuridica europea e la giurisprudenza ed è stata alla fine elevata alla dignità di principio fondamentale del processo nella Carta dei diritti dell’Unione Europea³³ (C.D.F.U.E.). Il consequenziale principio della ragionevole durata del processo è adesso sancito pure a livello costituzionale.

Negli ultimi tempi perfino il legislatore ordinario ha creduto opportuno inserire un richiamo alla violazione dei “principi regolatori del giusto processo” quale condizione di accesso al sindacato dinanzi alla Corte di cassazione (art. 360-*bis* n. 2 c.p.c.). Clamoroso è infine il modo nel quale la Suprema Corte negli ultimi due lustri ha preso ad utilizzare i principi processuali nella argomentazione delle sue decisioni.

4. *La Maximenmethode e la nascita della moderna scienza del diritto processuale civile*

Il “principio” è davvero “*a catchphrase for use in legal argument*”³⁴, anche nel campo del processo civile. Da un lato, con la

³⁰ Cfr., in ultimo, R. GIORDANO, *Giurisdizione europea e nazionale sui diritti umani. Profili processuali*, Roma, 2012.

³¹ V. ancor prima, l’art. 10 della «*Déclaration universelle des droits de l’homme*» adottata dalla Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. Ricordiamo pure l’art. 14 (1) del Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite, adottato a New York il 16 dicembre 1966.

³² V. il lavoro fondamentale sul processo “equo” (*procès équitable*), fra gli altri, di Serge Guinchard e Frédérique Ferrand: cfr., AA.VV., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5^a, Paris, 2009, spec. 89 ss.

³³ L’art. 47 assicura il diritto ad una tutela giurisdizionale *effettiva*.

³⁴ Così, con riferimento alle *legal maxims*, P. STEIN, *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgo, 1966, 105.

espressione principi del processo³⁵, si possono intendere delle “costruzioni” di diritto positivo elaborate (con un processo di astrazione generalizzante) a partire da dati anche essi di diritto positivo. Dall’altro lato, il principio processuale può essere la traduzione giuridica di esigenze superiori, che sono considerate preesistenti allo *ius positum* (di ordine morale o associate alla ricerca della giustizia o derivanti dalla logica o coordinate alla aspirazione di certezza dei rapporti, ecc.).

Il richiamo a questa duplice dimensione del “principio processuale” è risalente. Non è un caso che gli stessi autori tedeschi del periodo giusnaturalistico – cui si deve il rinnovamento delle dottrine processuali dalla fine del secolo XVIII – hanno proceduto, da un verso, alla concettualizzazione, nella forma di massime (o principi) processuali, delle forze costitutive del processo, e, dall’altro verso, hanno rintracciato gli elementi costanti di certi fenomeni processuali, riducendoli a concetti per fondarvi il sistema. Se in quest’ultima forma, tramite l’ausilio di un procedimento, ora induttivo ora deduttivo, si pervenne alla elaborazione di principi dogmatici fondamentali, nell’altra si elevarono a massime universali le “forze” costitutive del processo³⁶.

Ora, mentre la teoria degli atti processuali di Daniel Nettelblatt rappresentò il primo esempio di trattazione sistematica del processo³⁷, l’attenzione per *Grundregeln* e *Grundsätzen* – e per loro capacità ordinante del processo civile –, preannunciata dall’opera di Grolman del 1800³⁸, si realizzò compiutamente con *l’Handbuch* di

³⁵ In rapporto ai “principi di procedura” elaborati dalla dottrina tedesca, R.W. MILLAR (*The Formative Principles*, cit., 5-6) ha osservato questo: “By such generalizations it has identified and delimited the fundamental conceptions which consciously or unconsciously determine the form and character of systems of procedure”.

³⁶ Precisamente: “die gestaltenden Kräfte, welche sie im Prozeß zu wirken vermeint”. Così K.W. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozeß*, cit., 19.

³⁷ *Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum*, 1762. Esistono due ristampe dell’opera: la prima Olms Verlag 1997, la seconda (che abbiamo consultato), Nabu press, 2012.

³⁸ Karl Ludwig Wilhelm VON GROLMAN, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen entworfen*, Gießen/Darmstadt, 1800. Abbiamo sotto gli occhi la edizione del 1803, pagine 22 ss. (§ 25), consultabile in http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb11101010_00059.html.

Gönner³⁹ nel 1801. Questi, contrapponendo la *Verhandlungsmaxime* e la *Untersuchungsmaxime*⁴⁰, gettò nello specifico le basi per distinguere fra i poteri della parte e quelli del giudice nella conduzione del processo e propose, in generale, alle generazioni future un nuovo modello – la *Maximenmethode* – innervato sui principi generali del processo⁴¹.

La *Maximenmethode* di Gönner esercitò un influsso notevole e durevole negli anni a venire. Uno strumento rilevante utilizzato dai membri della Scuola Storica⁴² per il confronto tra la moderna ed antica procedura civile furono proprio i cosiddetti “principi di procedura”⁴³. Per quanto tali principi non fossero ovviamente conosciuti (e soprattutto elaborati) dall’antico diritto romano e costituissero invece una creazione puramente moderna, vennero impiegati⁴⁴ egualmente per descrivere il complesso della procedura romana⁴⁵.

5. I principi e le riforme del processo

Ne consegue che, per questa loro ambivalenza, i principi processuali ora stanno dentro lo *ius positum* ora lo oltrepassano. Facilmente possono descrivere l’esistente o prescriberne il mutamento:

³⁹ Cfr. Nikolaus Thaddäus GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände*, Erlangen (1801), reperibile in <https://download.digitale-sammlungen.de/pdf/1407949942bsb10554120.pdf>.

⁴⁰ F. BOMSDORF, *Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß – Vom gemeinen Recht bis zur ZPO –*, Berlin, 1971 (spec. 96 ss., 159 ss.).

⁴¹ Si è osservato che “*seit Grolman und Gönner ist diese Frage, in welcher Gestalt auch immer, nach den Grundregeln und Grundsätzen des Zivilprozesses lebendig geblieben*”: K.W. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozeß*, cit., 42.

⁴² E. METZGER, *Roman judges, case law, and principles of procedure*, in *Law and History Review*, 2004, 243 ss.; nonché, per un panorama della dottrina tedesca dopo Gönner, F. BOMSDORF, *op. cit.*, 159 ss.

⁴³ Dalla *Verhandlungsmaxime* alla *Untersuchungsmaxime*, dal *Grundsatz des beiderseitigen Gehörs* ai principi der *Öffentlichkeit* e der *Mündlichkeit*.

⁴⁴ Con quello che, negli studi storici, è stato denominato (da N. MATTEUCCI, *Stato – 1984 –*, ora in ID., *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1997, 15 ss., 21) “proiezionismo” (che spinge a guardare al passato con gli occhi di oggi).

⁴⁵ Sul problema generale dell’impiego di principi processuali moderni per descrivere esperienze del passato v. K.W. NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: “iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat”*, München, 1967, 13-15; E. METZGER, *op. loc. cit.*

ora, *staticamente*, si ergono ad impalcatura dogmatica delle soluzioni legislative già accolte; ora, *dinamicamente*, per l'eccedenza di contenuto deontologico che veicolano, pretendono un adeguamento dell'ordinamento positivo alle istanze che avanzano, quando non siano rispecchiate nelle norme vigenti.

Ecco perché spesso, nei diversi luoghi e tempi, la riforma del processo civile si è svolta nel nome di uno o più principi.

Ne è un esempio rimarchevole la *Prozeßordnung* federiciana del 1781⁴⁶. Il desiderio di porre il giudice in condizione di ricercare da solo la verità, senza al contempo sottoporre le parti ad un trattamento arbitrario⁴⁷, si tradusse – in consonanza con l'influsso del pensiero giusnaturalistico – nella elaborazione di numerosi principi (“*generalis ed immutabilis*” si legge nel *Vorbericht* premesso alla *Prozeßordnung*), ai quali avrebbe dovuto conformarsi il processo futuro.

Anni dopo, ancora in Germania, in una atmosfera ben diversa, si assiste *mutatis mutandis* allo stesso fenomeno. Intorno ai “principi generali di procedura” si coagulò la discussione che precedette la codificazione processuale tedesca unitaria del 1877, che, se rifiutò il principio di eventualità (*Eventualmaxime*) diffuso nel diritto comune⁴⁸, al contempo intese aderire ai dettami della oralità (*Grundsatz der Mündlichkeit*) e della libera valutazione delle prove (*Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung*), di pubblicità (*Grundsatz der Öffentlichkeit*), nella cornice della garanzia del principio dispositivo (*Verhandlungsgrundsatz*).

Pur quando a questi principi ne subentrano degli altri ispirati a concezioni generali profondamente diverse, la forza propulsiva dei “principi processuali” rimane intatta, se non addirittura si accentua. Sulla premessa che la controversia costituisce di per sé un male sociale da comporre nell'interesse della Comunità, Franz Klein si fa paladino in Austria di una riforma giudiziaria⁴⁹ che, mentre assegna al

⁴⁶ Che anticipa l'*Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten* del 1793.

⁴⁷ La prima aspirazione come noto ha un carattere dominante. Il principio della ricerca della verità da parte del giudice, liberato dalla ingombrante presenza degli avvocati, si associava alla idea leibniziana del giudice avvocato generale delle parti (*advocatus partium generalis*). Al posto degli avvocati stanno gli *Assistenzräte* statali.

⁴⁸ F.P. LUISO, *Principio di eventualità e principio della trattazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Elio Fazzalari*, II, Milano, 1993, 212 ss.

⁴⁹ Cfr. *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe 1895*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano, 2004, con

giudice la direzione del processo (c.d. *materielle Prozessleitung*), rimodula la posizione delle parti al suo interno nella prospettiva del *Wahrheitspflicht*⁵⁰.

Altre volte sotto l'insegna dei principi processuali si propone senza successo una riforma. Da ministro per le riforme delle leggi prussiane, nel 1845 Savigny⁵¹ aveva elaborato un elenco di diciotto questioni di principio intorno alle quali avrebbe dovuto essere preparata la riforma della procedura civile in Prussia. Non se ne fece però nulla.

Anche l'esperienza italiana ha mostrato che i principi possono entrare in polemica con il codice di procedura civile. Come altro definire l'apostolato chiovendiano⁵² per la riforma del processo civile italiano sulla base dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione? L'oralità ha per decenni rappresentato l'aspirazione non ancora interamente attuata nel processo civile e insieme lo stimolo per riformarlo.

6. *I principi nell'ordo iudiciarius medioevale*

La circostanza che la scienza del processo nasca come una scienza dei "principi processuali"⁵³ (*principia processus iudicarii*) individuati con una *nova methodus* (la *Maximenmethode*) ha delle implicazioni significative. I *Grundprinzipien* si presentano come degli incondizionati, con carattere assoluto e valore universale: come la logica dalla quale sono tratti, hanno il carattere formale dei principi *a priori*, auto-evidenti ed invariabili. Quanto c'è d'incerto, imprevedi-

le *Introduzioni* rispettivamente di W.H. RECHBERGER e G.E. KODEK, *L'ordinanza della procedura civile austriaca del 1895*, VII ss., e di C. CONSOLO, *Il duplice volto della "buona" giustizia tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, XXXVII ss.

⁵⁰ L'obbligo di dire la verità gravante sui contendenti insieme al ruolo attivo del giudice cospirano ad assicurare – acuendo ad un tempo, però, la contrapposizione fra la c.d. *Forschungsmaxime* o *Offizialmaxime* e la *Parteidispositionsmaxime*. – che non vi sia scarto tra la realtà processuale e quella materiale.

⁵¹ K.W. NÖRR, "Die 18 Prinzipienfragen des Ministers Savigny zur Reform des preussischen Zivilprozesses", in ID., *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozeßrechts in Europa*, Goldbach, 1993, 181-185.

⁵² Con la conferenza tenuta al *Circolo giuridico* di Napoli l'11 marzo 1906 e soprattutto con la pubblicazione della prima edizione dei *Principii* (che sono la fibra stessa della formazione di processualciviliisti).

⁵³ Lo hanno in particolare dimostrato K.W. Nörr e F. Bomsdorf negli scritti citati.

bile, casuale o anche assurdo nel mondo del processo è dissolto in formule generali, escogitate con sottile sapienza per imprigionare l'opera di secoli nel solco di un invadente costruttivismo razionalistico.

Proprio per questo, tale fortunata scienza moderna dei principi processuali rappresenta uno strappo rivoluzionario con l'epoca passata.

Nell'ambito dell'*ordo iudiciarius* medioevale – denominato efficacemente da Nicola Picardi ed Alessandro Giuliani “*ordine isonomico*”⁵⁴ –, i principi provengono dalle regole della retorica e dell'etica e sono elaborati dalla stessa comunità cui appartengono i protagonisti della vicenda processuale.

I principi più importanti (l'*audiatur et altera pars*, ad esempio) nell'epoca di mezzo, in quanto assurti a simbolo degli *iura naturalia*⁵⁵, esibiscono una eccedenza deontologica e designano una entità che preesiste alla disciplina processuale ed alla quale questa dovrebbe conformarsi⁵⁶. Nell'*ordo* medioevale, per di più, non tutti i principi sono equiordinati ma se ne percepisce il diverso valore in corrispondenza con gli *iura naturalia* a presidio dei quali si pongono. Si profila così la differenziazione fra quanto attiene alle tecniche processuali e ai meccanismi acceleratori del giudizio, da un verso, e i principi (davvero fondamentali) inerenti all'*ordo substantialis* del processo, dall'altro verso. In questo quadro si stagliano la garanzia della difesa, il diritto al giudice naturale, all'appello, al tempo ragionevole, etc.

Un capitolo significativo della riflessione dei giuristi si rinviene pertanto nella ricerca dei *substantialia ordinis judicialis*, di quei principi, cioè, che meritano veramente di essere annoverati fra gli ele-

⁵⁴ Per un discorso più articolato in proposito, nonché per gli opportuni riferimenti, v., se vuoi, A. PANZAROLA, *La ricusazione del giudice civile. Il problema della impugnabilità della decisione*, Bari, 2008, 147 ss., 395 ss.

⁵⁵ Da questo punto di vista il richiamo al diritto naturale non deve fuorviare. La versione classica è presupposta nella concezione medioevale, quella moderna è all'opera nella riflessione dei giuristi tedeschi del XVIII sec. L'antagonismo fra queste due anime del diritto naturale si coglie anzi in modo marcato nella prospettiva della teoria del processo, meglio di ogni altro capitolo della scienza giuridica europea.

⁵⁶ P. ALVAZZI DEL FRATE, *Le droit naturel de la procédure et le «procès équitable»: une perspective historique*, in “*Cahiers poitevins d'histoire du droit*”, III, Paris, 2011, 59 ss.; N. PICARDI, *Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 7 ss.

menti essenziali per poter qualificare un ordine giuridico-processuale come “giusto”.

Non si tratta di una riflessione astratta, ma resa necessaria dalla introduzione di forme processuali che, in vario modo, deflettevano dal modello ordinario. Si doveva pertanto stabilire quali fossero gli snodi processuali dai quali si poteva prescindere per accelerare il corso dei giudizi e quali fossero viceversa le attività giudiziali necessarie ed inderogabili. Fra queste ultime, ad esempio, svetta per importanza la coppia “*citatio-defensio*”, cui si riconosce un fondamento di diritto naturale⁵⁷, diversamente dalla *litiscontestatio* la quale, da *cardo causae*, è declassata dalla *Clementina Saepe* ad elemento solo eventuale del processo.

Va da sé, inoltre, che al fondo della ordinazione per importanza dei principi sta, anziché il volere rapsodico di una autorità o l’inclinazione di un singolo, un criterio di razionalità che ubbidisce ad una logica argomentativa e risente delle opzioni di valore della comunità dei giuristi. La contrapposizione fra principi di organizzazione del processo e principi sostanziali (*substantialia ordinis judicialis*) è *lapis in caput anguli* della riflessione dei giuristi dell’epoca di mezzo.

Da questo punto di vista, il passaggio ai principi dell’epoca moderna – svigoriti nel loro valore assiologico – può comportare delle conseguenze impreviste. Anzitutto quei principi processuali possono essere classificati in base a criteri diversi e taluni principi possono essere anteposti ad altri, ancorché i primi manifestino una destinazione organizzativa o acceleratoria ed i secondi assicurino garanzie difensive essenziali. Può pure tornare in auge quel principio di eventualità che del principio di preclusione rappresenta una versione esasperata. I principi della oralità, della immediatezza e della concentrazione possono essere ipostatizzati e trasformati nel vessillo di una riforma del processo infinita. Può perfino capitare che un Maestro liberale del processo come Adolf Wach qualifichi il principio della immediata assunzione delle prove da parte del collegio giudicante come un vero e proprio “*Lebenprinzip des heutigen Straf- und Zivilprozesses*”⁵⁸ o che James Goldschmidt, enumerando – in una parte apposita del suo ce-

⁵⁷ Cfr. M.R. DAMAŠKA, *La ricerca del giusto processo nell’età dell’inquisizione*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2012, 27 ss.

⁵⁸ La citazione è in P. CALAMANDREI, *Recensione a Wach, Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*, Berlin, 1914, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, I, 60.

lebre Manuale – i “principi fondamentali del procedimento” civile non menzioni il diritto di difesa o al contraddittorio⁵⁹.

7. *I principi fra costruttivismo razionalistico e logica dialettica*

Quantunque sperimentata in altri tempi, non ci serve oggi una “metafisica” dei principi processuali⁶⁰ à la Allmendingen⁶¹. Sarebbe inutile ed in contrasto con la realtà stessa del processo a cui il diritto deve per forza aderire. D'altronde nessuno ha mai incontrato un giudizio civile che integralmente si conformi ai dettami della *Verhandlungsmaxime* e della *Untersuchungsmaxime*, come ha dimostrato inoppugnabilmente⁶² Falk Bomsdorf⁶³. Tali principi, che pure si credevano immutabili, sono adesso in larga misura inutilizzabili⁶⁴.

L'esperienza storica ha dimostrato che, in una considerazione *more logico* dei principi processuali, categorie nobili rischiano di essere confuse con altre meno rilevanti. Un esempio impressionante è costituito dalla imparzialità del giudice in rapporto all'istituto della ricsuzione, degradato per lunghi anni a procedimento sostanzial-

⁵⁹ J. GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, 2^a, Berlin, 1932, 44 ss. L'autore riconduce tra i principi fondamentali (*die Grundsätze des Verfahrens*) quello dispositivo, di impulso di parte, di concentrazione, di oralità, di immediatezza, di libera valutazione della prova da parte del giudice, di pubblicità, ma non anche il diritto di difesa. Nel definire il principio dispositivo vi è, in effetti, un accenno al contraddittorio, senza che ne sia curato lo svolgimento.

⁶⁰ “*Eine metaphisik Umformung*”, scrive F. BOMSDORF, *op. cit.*, 192.

⁶¹ L.H. VON ALLMENDINGEN, *Metaphisik des Civilprocesses*, Giessen, 1821, rist. 1970.

⁶² Cfr., però, in senso critico, P. BÖHM, *Der Streit um die Verhandlungsmaxime. Zum Einfluß der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozeßverständnis*, in *Ius Commune*, 1978, 136 ss.; K.A. BETTERMANN, *Besprechung von Falk Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit*. in *ZFP*, 1975, 347 ss.

⁶³ In *Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß - Vom gemeinen Recht bis zur ZPO*, cit., 121. I principi delineati da Gönner – per quanto sorti per descrivere il processo comune tedesco e il ben diverso ordinamento processuale prussiano – non si adattano completamente né all'uno né all'altro modello. L'astrattezza del procedimento impiegato è già nel fatto che si vogliono imprigionare in etichette generali realtà poliedriche.

⁶⁴ Lo ha evidenziato, in tema di disciplina della prova, B. CAVALLONE, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria* (1976), ora in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1997, 289 ss. (nonché la “Prefazione”: *ivi*, VII), seguito da L. DITTRICH, *I limiti oggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, 45 ss.

mente amministrativo posto a presidio soltanto della corretta amministrazione della giustizia⁶⁵. Non solo. Per molto tempo perfino il principio del contraddittorio – risolto in una dimensione formale e bilaterale e reciso l'originario collegamento con il diritto naturale – è andato perdendo la sua tradizionale portata etico-ideologica⁶⁶.

Non è un caso, allora, che oggi è posto in discussione il metodo stesso per investigare la fenomenologia del processo, imperniato su un elevato grado di astrazione, contraddistinto da uno spiccato concettualismo e ordinato intorno a principi formali e assoluti che strutturano un "sistema" del diritto processuale civile tanto raffinato quanto rarefatto. Le coordinate logiche del metodo dogmatico⁶⁷ vacillano. Ad una logica del necessario e dell'assoluto legata alla dimostrazione di principi evidenti, si oppone una logica argomentativa che sollecita una ricerca affidata al metodo dialettico e che, come tale, non aspira a cogliere verità assolute ma si accontenta di tendere a verità probabili, oggetto di continua discussione. Assieme o in luogo della logica formale, la logica argomentativa si presta a fornire gli strumenti per studiare il processo civile. E, nell'ottica di una logica giuridica intesa come teoria della argomentazione, muta lo statuto stesso dei principi, non più costruzioni astratte o assiomi o verità evidenti e metastoriche, ma, pur nella loro natura fondamentale, "frutto di una logica del senso comune" e destinati "a facilitare l'interpretazione basata sulla ragionevolezza"⁶⁸, un po' come le antiche *regulae iuris*. Se al logicismo tradizionale subentra un approccio dialettico, facilmente i principi non accampano più pretese escludivistiche di auto-evidenza, ma mostrano invece un carattere relativo, mutevolezza nel tempo e variazioni nello spazio, che a loro volta sono il

⁶⁵ In questo modo l'elemento pubblicistico della polizia processuale è stato anteposto alla individuale aspirazione ad essere giudicati da un magistrato terzo: cfr., se vuoi, A. PANZAROLA, *La ricasazione*, cit., 243 ss.

⁶⁶ Cfr., in proposito, N. PICARDI, *op. loc. cit.*; ed ora A. CHIZZINI, nei saggi ora raccolti in ID., *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, Torino, 2013, 28 ss., 241 ss.

⁶⁷ L'insoddisfazione per il metodo tramandato è diffusa. Variano però le proposte avanzate per il futuro: v., ad es., la prospettiva "*neo-processual-razionalista*" autorevolmente sostenuta da C. CONSOLO, *La sottoscrizione manchevole, ma non mancante ("omessa")*, in una prospettiva neo-processual-razionalista, in *Corr. giur.*, 2014, 893 ss., spec. 894, 898-900.

⁶⁸ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, 3^a, Milano, 2013, 17: "ciò che la logica rinserra" – nota l'a. –, "l'argomentazione lascia aperto".

fomite per analisi storiche e ricerche comparative che concorrono a profilare, al posto del tradizionale monismo metodologico, un vivace sincretismo dei metodi.

Così intesi, i principi fondamentali del processo paiono senz'altro utili, tanto più nell'epoca presente contrassegnata dalle imprevedibili fluttuazioni delle regole e dalla loro malcerta formulazione e provvisorietà.

8. *Il recupero della funzione assiologica dei principi processuali*

I principi processuali non hanno perciò esaurito la loro funzione assiologica, che anzi – in questa loro diversa dimensione – va espandendosi e prendendo forme anche imprevedibili.

La mutevolezza dei principi in consonanza con nuovi bisogni può produrre esiti ragguardevoli. Si pensi alla rimodulazione degli estremi applicativi del principio del contraddittorio, svilito per lungo tempo nella sua funzione garantistica, e trasformato da ultimo in strumento operativo per il giudice che deve – lui per primo – osservarlo nel corso del processo⁶⁹. Si consideri pure il tema della imparzialità del giudice che secondo la più recente giurisprudenza dà vita ad un diritto soggettivo della parte azionabile, ove violato, con il procedimento di ricasazione.

Ma vi sono anche ragioni di preoccupazione. Si è in precedenza segnalato che la Cassazione negli ultimi anni⁷⁰ impiega in modo sempre più massiccio i principi processuali – in particolare quello che assicura una durata “ragionevole” del giudizio –, non di rado quale espediente per oltrepassare la rigidità della regola processuale, piegandola, ricomponendola, perfino riformulandola, come si farebbe con oggetti malleabili. L'anelito alla speditezza dei giudizi rischia di

⁶⁹ Si allude in dottrina al passaggio da una nozione di contraddittorio “in senso debole” ad una “in senso forte”: Non solo nel processo civile (per il quale v., per tutti, N. PICARDI, *op. cit.*, 231 ss.), ma anche in quello penale: P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 3^a, Bologna, 2012, 99 ss. L'art. 3.3 del codice di procedura civile portoghese del 2013 è l'ultimo anello di una catena di codificazioni (compresa la italiana: artt. 101, co. 2, 183, co. 4, 384, co. 3, c.p.c.) che accolgono una concezione “forte” del contraddittorio estesa anche al giudice.

⁷⁰ L'atteggiamento della Corte emerge nitidamente, da ultimo, in Cass., sez. un., 23 gennaio 2015, n. 1238, nella quale si descrive, fra l'altro, la “*evoluzione dell'ordinamento verso una progressiva relativizzazione della tutela apprestate dalle regole di rito*” (§ 9.1 della motivazione).

essere assolutizzato e ad esso sono subordinati principi non meno importanti, da quello del contraddittorio a quello del giudice naturale. Per di più, la vera e propria riscrittura in via pretoria di talune regole processuali è praticata in dichiarata attuazione di un principio costituzionale diverso da quello alla base della regola “colpita”⁷¹. È perfino accaduto che una norma del codice di rito sia stata giudicata inutile⁷² e che altre siano state proprio disapplicate⁷³.

Gli stessi principi regolatori del “giusto processo” rischiano di essere sviliti nella loro funzione garantistica quando la Suprema Corte⁷⁴ afferma che i vizi di attività del giudice che comportino la nullità della sentenza o del procedimento (art. 360, n. 4, c.p.c.: c.d. *errores in procedendo*) conducono all'accoglimento del ricorso soltanto se si tratta di eliminare un pregiudizio del diritto di difesa concretamente subito⁷⁵ dalla parte che denuncia il vizio (risolvendosi pertanto nella violazione dei principi del “giusto processo” richiamati dall'art. 360-*bis*, n. 2, c.p.c.)⁷⁶. Tuttavia, subordinando il rilievo

⁷¹ È quanto accaduto in occasione della notissima “riformulazione” dell'art. 37 c.p.c. da parte della Suprema Corte (sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883). La quale ha ristretto il campo di applicazione di un norma di legge ordinaria, ispirata al principio del giudice naturale, applicando in via esclusiva un principio – egualmente costituzionale – con quello antinomico, vale a dire il principio della ragionevole durata del processo.

⁷² Così, in motivazione, Cass., sez. un., 14 aprile 2008 n. 9741 in relazione all'art. 334, co. 2, c.p.c.

⁷³ Cass., sez. un., 29 aprile 2009, n. 9946, decide la causa nel merito senza rispettare l'art. 383, co. 3, c.p.c.

⁷⁴ Non può essere ascritta a responsabilità della Cassazione la limitazione del suo controllo della motivazione della sentenza impugnata (quale delineata da Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, in *Corr. giur.*, 2014, 1241 ss., con annotazione di C. GLENDI). Vi è stata alla base la riscrittura dell'art. 360 co. 1, n. 5 c.p.c. che pone delicati problemi di coordinamento con il principio costituzionale della motivazione dei provvedimenti giudiziari. Cfr., B. SASSANI, *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, 849 ss.; nonché, se vuoi, per riferimenti ulteriori, A. PANZAROLA, sub art. 360, in AA.VV., *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, a cura di Martino e Panzarola, Torino, 2013, spec. 693 ss. Lo stesso dicasi a proposito del meccanismo che ruota intorno al c.d. filtro in appello (artt. 348-*bis* e *ter* c.p.c.) ed in particolare alla c.d. “doppia conforme”.

⁷⁵ A favore di questa soluzione si possono certamente evocare numerosi (e pur tuttavia opinabili) argomenti, variamente connessi con lo scopo cui l'atto processuale è preordinato. In argomento v., per tutti, da ultimo, la rivisitazione critica di R. POLI, *Invaldità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012.

⁷⁶ La Cassazione addossa poi al ricorrente l'onere di dimostrare il pregiudizio concreto a pena di inammissibilità del ricorso.

e la dichiarazione della invalidità per vizi di forma degli atti al pregiudizio concreto del diritto processuale della parte, si rischia di affievolire la valenza garantista⁷⁷ degli schemi processuali predisposti dall'ordinamento e si finisce per trasformare surrettiziamente la garanzia della nullità in censura di ingiustizia.

In nome dei principi, insomma, in un modo o nell'altro, si perviene alla destrutturazione dell'ordine fondato sulle regole.

Ecco allora che lo studioso del processo civile avverte l'esigenza di ripensare una prassi che sembra aver perduto oggettività e – proprio per questo – riconoscibilità. Sceglie di scendere in campo “in difesa della norma processuale”. Questa scelta registra il timore del processualista di perdersi nella più angosciosa delle vertigini, dinanzi alla incommensurabile prepotente invadenza del principio. Per arginare questo effetto destabilizzante, la forma conchiusa della regola appare come un comodo antidoto, un tranquillante ritorno all'ordine consueto, in ogni caso come una vera e propria forza frenante.

In questo quadro, la regola, come manifestazione del *kat'echon*, del “freno”, si contrappone alla deriva associata alla vaghezza del principio. In effetti, però, quel che si lamenta e ciò di cui si ha paura è la discrezionalità del giudice in materia processuale. Anzi la sua discrezionalità “sfrenata”: se la discrezionalità può rassomigliarsi al “buco di una ciambella”⁷⁸, ora il processualcivilista inizia a pensare che pian piano la giurisprudenza gli stia sottraendo da sotto gli occhi proprio la “ciambella”.

9. *La collisione fra principi e i substantialia processus*

Dinanzi al proliferare dei principi, all'impiego largo e talvolta indecifrabile fattone dalle Corti, si esorta lo studioso ad individuare un criterio che consenta di risolvere le collisioni che possono determinarsi fra di loro, quasi un principio “al quadrato” dal quale desumere una gerarchia di valori. Ecco allora che i principi processuali

⁷⁷ Qualsiasi garantismo giudiziario poggia sull'artificialità delle forme e sul loro rispetto: cfr., in generale, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Roma-Bari, 10^a, 2011.

⁷⁸ R. DWORKIN, *op. cit.*, 48, a proposito del carattere relativo della nozione di discrezionalità (“*like the hole in a doughnut*”).

vengono variamente organizzati dalla dottrina⁷⁹ sia negli ordinamenti di *common law* che in quelli continentali⁸⁰.

Il compito di “pesare”⁸¹ i principi processuali, già complesso di per sé, è reso ancora più difficile dalla situazione di crisi nella quale versa la giustizia civile in Italia. Quando un uomo è malato, si dirà, la prima preoccupazione è che non muoia e solo poi ci si dovrà occupare del modo migliore in cui potrà passare le proprie vacanze. E il processo è attualmente come l’uomo malato, occorre evitare che si inceppi, con gravi costi sociali.

Su questa premessa si pospongono nella prassi giurisprudenziale⁸² i principi che esprimono valori etici a quelli che racchiudono aspirazioni utilitaristiche. Ad una logica non dissimile sembrano ispirarsi le proposte volte all’ampliamento del catalogo dei principi, includendovi pure quello (rispondente ad un canone logico superiore) di proporzionalità⁸³. Addirittura il legislatore ha trasformato l’invito

⁷⁹ Cfr. N. ANDREWS, *Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos*, in X.X.E. KRAMER and C.H. VAN RHEE (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*, The Hague, 2012, 20-35. Andrews utilizza quattro etichette per raggruppare i principi processuali (“*Regulating Access to Court and to Justice*”; “*Ensuring the Fairness of the Process*”; “*Maintaining a Speedy and Effective Process*”; “*Achieving Just and Effective Outcomes*”).

⁸⁰ Henry Motulsky ha distinto tre categorie di principi, secondo che si riferissero alla “*marche de l’instance*”, alla “*matière du procès*” o alla esplicazione del diritto di difesa: cfr. H. MOTULSKY, *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971* (1972), ora in ID., in *Écrits. Études et notes de procédure civile* (1973), 2^a, Paris, 2010, cit., 281. Lo scrittore assegna una posizione di assoluta primazia al diritto di difesa, considerato come un dono del diritto naturale.

⁸¹ Lì allora i principi debbono essere “pesati”: la riflessione di R. DWORKIN, *op. cit.*, 43, resta fondamentale: a suo dire i principi hanno una dimensione che le regole non posseggono: “*the dimension of weight or importance*”).

⁸² Cfr. *retro* per riferimenti alle note 70 e ss.

⁸³ Questo ed altri principi (di buona fede processuale, di abuso del processo, di autoresponsabilità, di completezza, ecc.), per quanto importanti, meritano ancora di essere fissati nei loro estremi essenziali nel contesto del processo civile, sotto la vigile cura della giurisprudenza e della dottrina, impegnate nell’arduo compito di non esagerare il perseguimento di esigenze oggettive a scapito dei diritti individuali di azione e di difesa in giudizio. Sul dovere di completezza cfr. A. CARRATTA, *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, Relazione al XXIX Convegno della Associazione degli studiosi del processo civile (e poi, in due parti, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014). Sul principio di autoresponsabilità v. pure – nell’ambito del medesimo convegno – la relazione di S. MENCHINI, *Autoresponsabilità e principio di preclusione*. Sul principio di proporzionalità

alla sinteticità degli atti di parte (contenuto in un testo – art. 3, comma secondo, cod. proc. amm. – che pure sembra esibire un carattere esortativo ed ammonitorio) in una regola puntuale⁸⁴, cui è ricollegato il potere-dovere del giudice di rifiutare lo scrutinio nel merito delle difese di parte, se formulate al di là del limite di pagine fissato.

In questo modo, però, si rischia di cedere a quella fallacia costruttivistica all'opera nella fondazione “metafisica” della scienza del processo civile. Viceversa, muovendo da una teoria del processo impostata secondo una logica dell'argomentazione, la coesistenza di principi in conflitto va composta certo dialetticamente, ma pur sempre alla luce dei valori che si confrontano. Per evitarne l'abuso, la portata dei principi processuali ed il loro rapporto vanno verificati da una ragione sociale che non può prescindere dalla collaborazione della dottrina e della giurisprudenza.

In particolare, il pur comprensibile desiderio di accelerare la definizione dei processi non deve pregiudicare le garanzie millenarie a tutela delle parti. Occorre evitare che si crei uno *jatus* pericoloso fra una esigenza contingente ed un bisogno eterno. D'altronde proprio nell'epoca di mezzo, in concomitanza con la introduzione della procedura sommaria, se da un lato si era stabilito che il giudice “*litis contestationem non postulet*”, dall'altro lato si era ribadito che le garanzie difensive essenziali non potevano essere derogate, dando esse vita all'*ordo substantialis* del processo. Sicché le tecniche organizzative e le misure acceleratorie, pur se innalzate alla dignità di principio, debbono recedere – ieri come oggi – rispetto alle garanzie del contraddittorio, della difesa⁸⁵ e della azione in giudizio⁸⁶.

v. R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 389 ss.

⁸⁴ Art. 120, co. 6, cod. proc. amm.

⁸⁵ La elevazione del diritto alla difesa al rango di diritto naturale nell'epoca attuale (v., ad es., l'importante opinione di H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile – 1961 –*, in ID., *Écrits. Études et notes de procédure civil*, cit., 60 ss., spec. 67; B. OPPETT, *Philosophie du droit*, Paris, 1999, 17), trova il proprio antecedente storico nell'epoca di mezzo (N. PICARDI, *op. cit.*, spec. 7 ss.), in consonanza con una risalente tradizione di impronta religiosa e non: v. P. ALVAZZI DEL FRATE, *op. cit.*, 60-61; M. MANZIN, *Del contraddittorio come principio e come metodo*, in AA.VV., *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, a cura di Manzin e Puppo, Milano, 2008, 3 e ss.

⁸⁶ Ne offre un esempio significativo – a proposito del diritto di azione – Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238.

Sono, questi, i principi che davvero costituiscono⁸⁷ quel ‘*unus spiritus*’ che sostiene ed è la sostanza stessa dell’ordinamento del processo. Tali principi rappresentano le condizioni⁸⁸ “*che fanno giudizio un giudizio*” e danno un senso⁸⁹ complessivo a quell’attività umana che nella tradizione occidentale spinge, “*quando si è in lite, a ricorrere al giudice, e l’andare dal giudice è come andare dalla giustizia: il giudice infatti vuole essere come la giustizia incarnata*”⁹⁰.

⁸⁷ Per impiegare liberamente una felice immagine di G. CAPOGRASSI, *Il quid ius e il quid iuris in una recente sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, 57 ss.

⁸⁸ Sono condizioni – osserva G. CAPOGRASSI, *op. loc. cit.* – che “*non sono state inventate da legislazioni o legislatori*”, ma “*sono le invenzioni, profonde e insuperabili della vita, nel senso che un giudizio in tanto può essere tale, in quanto si realizzi così, con queste condizioni*”.

⁸⁹ Per chi non pensi – come S. SATTÀ, *op. loc. cit.* – che il processo sia l’unica attività umana senza scopo.

⁹⁰ E si cerca (aggiunge ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 1132a, 20-24) un “*giudice imparziale*”.

Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile

Giuseppe Santoro-Passarelli

SOMMARIO: 1. La crisi economica e la sua incidenza sull'inderogabilità delle norme di legge e di contratto collettivo: posizione del problema. – 2. Il contesto socioeconomico italiano negli ultimi 30 anni. – 3. Il lavoro e il quadro costituzionale. – 4. L'attività interpretativa del giudice del lavoro. – 5. Norma di legge inderogabile e clausole difformi del contratto individuale. – 6. I rapporti tra clausole del contratto collettivo di diverso livello. – 7. Il rapporto tra norma di legge inderogabile e contratto collettivo. – 8. Norma flessibile e norma inderogabile. – 9. Conclusioni.

1. *La crisi economica e la sua incidenza sull'inderogabilità delle norme di legge e di contratto collettivo: posizione del problema*

È noto che l'autonomia individuale nella disciplina del rapporto di lavoro subordinato ha avuto sempre una rilevanza assai modesta, perché il contenuto del contratto è determinato in massima parte da fonti eteronome e cioè dalla legge e dal contratto collettivo, residuando alle parti individuali il potere di stabilire la costituzione del rapporto con la conclusione del contratto individuale e la determinazione di trattamenti di migliore favore. La determinazione del contenuto del contratto da parte delle fonti eteronome deriva ovviamente dalla disparità di forza contrattuale tra le parti del contratto di lavoro e serve a tutelare la parte debole.

È altresì noto che la giurisprudenza per fondare l'inderogabilità *in peius* delle clausole del contratto collettivo da parte delle clausole del contratto individuale e in particolare la loro sostituzione automatica con quelle del contratto collettivo ha utilizzato l'art. 2077 c.c., che pure storicamente regolava il rapporto tra contratto individuale e contratto corporativo, che era sicuramente un atto normativo.

E a questo proposito bisogna chiedersi se il principio cardine dell'inderogabilità delle norme di legge e di contratto collettivo che ha assicurato dalle origini la tutela del lavoro subordinato regga ancora o la sua tenuta, come avviene per molti diritti sociali, è messa in

discussione dalla globalizzazione dei mercati e dai vincoli economici e finanziari della normativa europea¹.

Non si può negare che ormai dal 2008 una crisi economica «globale» senza precedenti stia provocando in Italia la chiusura progressiva di imprese medie e piccole, chiusura che conseguentemente ha generato un tasso di disoccupazione ormai superiore al 12%, con punte di disoccupazione giovanile in particolare nel centro-sud del 40% e un aumento considerevole del lavoro nero e una prospettiva di crescita inesistente.

Secondo qualche dottrina questi presupposti sarebbero cause sufficienti a giustificare, nell'attuale contesto socioeconomico, il superamento del principio della norma inderogabile perché, come è stato detto, tali norme, il più delle volte a precetto generico, si sono moltiplicate fino a regolare tutti gli aspetti del rapporto di lavoro e per questa ragione attuerebbero una sorta di «uniformità oppressiva»² che contrasterebbe con le esigenze di sviluppo e di competitività delle imprese e con le mutevoli esigenze della produzione.

In altri termini, diventa ancor più stringente la domanda se i principi che regolano il rapporto di lavoro e le tecniche di tutela predisposte dal nostro ordinamento siano ancora efficaci a tutelare l'interesse dei lavoratori al posto di lavoro nel senso che possono essere utilmente fatte valere dagli stessi lavoratori o se invece bisogna accettare la tesi che per garantire l'occupazione l'apparato di tutele predisposto dal nostro ordinamento nell'arco del secolo ventesimo a favore dei lavoratori, in particolare subordinati, debba essere progressivamente smantellato perché, essendo troppo costoso, da un lato compromette la necessaria competitività delle imprese sul mercato internazionale, e dall'altro, non è attrattivo per le imprese estere che vogliono operare in Italia.

Per rispondere a questa domanda bisogna esaminare sia pure sinteticamente, in primo luogo il contesto socioeconomico italiano

¹ In generale sulla norma inderogabile v. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1976. Più di recente ID., *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, Giornate di Studio AIDLASS di Bologna, 16-17 maggio 2013, in *www.aidllass.it* e in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, 715 ss.; CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 341 e ss.

² VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 682 e ss.

degli ultimi trenta anni, in secondo luogo, i principi costituzionali di tutela e garanzia del lavoro, in terzo luogo il ruolo dell'attività interpretativa del giudice e solo alla fine di questo percorso argomentativo esaminare separatamente:

1) l'incidenza della norma di legge e di contratto collettivo sulle clausole difformi del contratto individuale

2) il rapporto tra clausole del contratto collettivo nazionale e contratto collettivo aziendale

3) il rapporto tra norma di legge inderogabile e contratto collettivo.

2. *Il contesto socioeconomico italiano negli ultimi 30 anni*

Quali sono le caratteristiche che contrassegnano il mondo del lavoro in Italia?

a) In primo luogo, l'internazionalizzazione dei mercati, con le sue luci e le sue ombre, ha esaltato la competitività delle imprese e quindi la loro esigenze di ridurre i costi di produzione, e tra questi, anche quelli del lavoro, e la conseguente necessità di utilizzare forme di occupazione flessibili e temporanee, in grado di soddisfare un'offerta di lavoro sempre più determinata dalle mutevoli esigenze della produzione. In altri termini il rapporto di lavoro a tempo indeterminato che dura per tutto l'arco della vita lavorativa non costituisce più l'unica forma di lavoro dipendente ma cede il passo a forme di lavoro che, pur subordinate, sono temporanee.

b) In secondo luogo, il progresso tecnologico e la competitività imposta alle imprese dal mercato stanno determinando un mutamento della fisionomia e dell'organizzazione dell'impresa: si riduce lo spazio dell'impresa fordista, nella quale è nato e si è sviluppato il lavoro subordinato, a vantaggio della c.d. impresa a rete, contrassegnata da un notevole decentramento produttivo.

Le imprese dismettono attività anche importanti, e, conservando il *core business*, le cedono in appalto a soggetti terzi o si avvalgono di rapporti di subfornitura o anche di collaborazioni continuative e coordinate.

c) In terzo luogo, al mutamento della fisionomia dell'impresa corrisponde anche il mutamento della figura socialmente omogenea del lavoratore comune dell'industria, sostituita dalla pluralità delle

identità sociali dei produttori, derivante da professionalità sovente molto sofisticate, con il risultato che la classe operaia non occupa più il centro delle società postindustriali, nelle quali perciò si riduce il peso quantitativo e politico del lavoro dipendente.

d) In quarto luogo, non deve essere trascurato il processo di integrazione europeo³ che ha introdotto valori e principi estranei alla nostra tradizione: mi riferisco in particolare alla valorizzazione della concorrenza e al divieto degli aiuti di stato. A ben vedere, la valorizzazione della concorrenza ha messo in discussione il convincimento, piuttosto diffuso in Italia negli anni '70, che il modello di sviluppo disegnato dalla volontà politica potesse e dovesse sovrapporsi ai meccanismi del mercato; ormai da circa 40 anni, invece, proprio per effetto del processo di integrazione comunitaria, prevale l'orientamento secondo cui l'intervento pubblico non può sostituire le leggi del mercato nel ruolo di guida del processo economico, ma deve solo dettare regole al mercato per garantire ad esso una maggiore correttezza e trasparenza al fine di salvaguardare la concorrenza. E in omaggio a questo principio la normativa comunitaria, da un lato, ha spinto in favore delle privatizzazioni e, dall'altro, ha cercato di contenere una serie di forme di assistenzialismo, considerandole Aiuti di Stato.

e) Bisogna anche dire che il trattato di Lisbona incorporando i principi della carta di Nizza ha provveduto a equiparare i diritti sociali ai diritti dell'impresa. Ma a dire il vero si tratta di un'equiparazione ancora sulla carta perché resta in materia di lavoro la competenza esclusiva degli Stati.

3. *Il lavoro e il quadro costituzionale*

E come è noto l'ordinamento italiano si contraddistingue rispetto all'ordinamento dell'Unione Europea per la più intensa tutela dei diritti del lavoro. E infatti partendo dall'art. 1 della Costituzione, come afferma Mortati, il lavoro è il valore fondamentale del nostro Stato. E il significato del termine lavoro può essere determinato in positivo richiamando gli art. 4 e 35 Cost. che dell'art. 1 sono diretto

³ In tema cfr. F. CARINCI, *Piano, piano, dolce Carlotta: cronaca di un'Europa in cammino*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 41 e ss.

svolgimento⁴. Secondo queste norme costituzionali «*nel lavoro si realizza la sintesi tra il principio personalistico che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa e quello solidarista che conferisce a tale attività carattere doveroso*»⁵.

Questi rilievi consentono di affermare che nel nostro ordinamento *la persona del lavoratore e la sua tutela* non hanno una funzione ancillare o strumentale alle ragioni dell'impresa, come sicuramente è avvenuto all'origine per la normativa comunitaria, ma devono essere considerati come un principio fondamentale della nostra Costituzione, che costituisce la stessa ragion d'essere della nostra disciplina: il diritto del lavoro⁶.

Il riconoscimento di questo valore fondante implica e sta a significare che deve essere garantita la dignità della persona che lavora e di conseguenza anche il suo reddito, *nei periodi di non lavoro*, dal sistema di sicurezza sociale.

La realizzazione di questo principio fondamentale non deve essere confusa con il diverso principio del contemperamento degli interessi dei lavoratori con quelli dell'impresa con la precisazione che, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost., la legge, e cioè la maggioranza parlamentare, e non il giudice come pure è stato detto, stabilisce, il grado di questo contemperamento⁷. L'utilità sociale è, infatti, una formula che non può essere riempita di contenuto di volta in volta dal giudice e costituisce un limite esterno all'attività dell'impresa. In caso contrario, se l'utilità sociale fosse lasciata alla libera determinazione del giudice, la certezza del diritto sarebbe compromessa e se

⁴ MORTATI, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, diretto da G. Branca, Bologna, 1975, 11.

⁵ Così MORTATI, *op. cit.*, 12.

⁶ Si veda in q. senso anche F. SANTORO-PASSARELLI, «*Se tutti gli altri contratti riguardano l'aver delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'aver per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere che è condizione dell'aver e di ogni altro bene*», già in *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania 1947-48*, 3 e ora in *Saggi diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, 1071.

⁷ Sembra non distinguere i due principi PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 1, 1 e ss. e in part. 13-19, e vedi la polemica con questo A. di ROMAGNOLI, *La Costituzione delegittimata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 835-836, nt. 14, sul metodo, a proposito di un noto articolo di D'ANTONA, *L'anomalia post-positivista e la questione del metodo*, in *Opere*, I, a cura di Caruso e Sciarra, Milano, 2000, 53 ss., e la risposta di PERSIANI, *Ricordando Massimo D'Antona. Ancora sulla questione del metodo del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, I, 917.

l'utilità sociale fosse considerata un limite interno, l'attività di impresa sarebbe funzionalizzata, in contrasto con il principio della libertà di iniziativa economica privata sancito dal comma 1 dell'art. 41 della Costituzione.

E si deve aggiungere che tale contemperamento non implica che le ragioni del lavoro debbano necessariamente sempre prevalere sulle ragioni dell'impresa, ma significa che le ragioni del lavoro devono essere in ogni caso garantite, se non dall'impresa, da un sistema di *welfare* che riconosca ai lavoratori un diritto al reddito per i periodi di non lavoro.

Bisogna essere consapevoli che per attuare un piano del genere sono necessarie risorse ingenti che inevitabilmente derivano da una più equa distribuzione della ricchezza e dal contrasto severo all'evasione fiscale, ancora molto elevata in Italia rispetto agli altri Paesi Europei. E quando dico contrasto all'evasione fiscale mi riferisco anche alle pratiche diffuse di lavoro nero d'accordo tra le parti, perché da un lato il lavoratore lucra l'indennità di disoccupazione oltre al compenso in nero e dall'altro il datore di lavoro evita il versamento dei contributi.

4. *L'attività interpretativa del giudice del lavoro*

Se dunque sulla base delle osservazioni che precedono si riconosce che la persona che lavora con o senza vincolo di subordinazione costituisce un valore fondante della nostra Costituzione ne deriva che il giudice nella sua attività di interpretazione si trova ad operare una complessa ponderazione tra fatti, valori e diritti sicuramente contrapposti quali sono quelli del lavoratore e dell'impresa e, conseguentemente, la sua attività interpretativa diventa anche di mediazione fra contrapposti interessi e «incarna» il diritto per usare un'espressione cara a Paolo Grossi⁸.

Bisogna infatti riconoscere che il richiamo all'art. 12 delle preleggi non appare ormai più sufficiente a sollevare il giudice dai dilemmi interpretativi connessi all'attività di mediazione che gli è istituzionalmente affidata.

⁸ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003 e in part. 103 «*Le incarnazioni del diritto: l'interpretazione applicazione. Il punto più arduo di tutto il libretto ove fan groppo tutti i nodi da cui il diritto è pervaso*».

Non si può negare che in generale, nell'applicazione della norma alla fattispecie concreta, il compito del giudice non si risolve in un mero ragionamento di stampo sillogistico deduttivo, anche perché se così fosse, non ci sarebbe molto spazio per il controllo del suo operato e per il controllo dell'obbligo di terzietà del giudice.

In realtà, quando il giudice del lavoro è chiamato a pronunciare la norma di diritto, la sua attività interpretativa non è certamente immune da giudizi di valore o più in generale da valutazioni soggettive che tengono conto non solo degli enunciati normativi, ma del contesto socio-economico e culturale nel quale la norma, pur rimanendo immutata, si trova ad operare.

E in questa prospettiva si comprende perché il giudice possa attribuire alla stessa norma un significato diverso, a seconda del mutato contesto temporale ma, come si è detto, il giudice deve attenersi anche ad un secondo parametro costituito dall'art. 101 Cost. e perciò non può attribuire alla legge, in virtù della cosiddetta interpretazione costituzionalmente orientata, un significato opposto a quello testuale⁹. Infatti, quando il giudice ravvisa, in ragione del mutato contesto, il contrasto della legge con le norme costituzionali, è legittimato a rinviare al giudice costituzionale la questione di costituzionalità al quale compete la funzione di espungere o di interpretare in senso correttivo la norma in questione.

È proprio la vicenda dell'art. 19 dello statuto dei lavoratori, di recente sottoposta nuovamente al vaglio di costituzionalità¹⁰, pur a legislazione invariata, e con esito opposto a quello del 1996, conferma come nell'interpretazione del giudice costituzionale rilevi il contesto.

A mio sommo avviso bisogna essere avvertiti che nel tempo presente l'interpretazione della norma non può essere considerata immodificabile a legislazione invariata, secondo la logica giuspositivista, ma può essere soggetta a revisione perché i fatti e i valori che hanno contribuito a formarla, inevitabilmente risentono dei fattori di

⁹ Si vedano con diversa intonazione ROMAGNOLI, *Le parole sono pietre*; MAZZOTTA, *Il giudice de lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e diritto*; CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un manifesto ermeneutico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 233 e ss.

¹⁰ Cfr., da ultimo, F. CARINCI, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: dal Tit. III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza* 10 gennaio 2014, in *WP CSDLE.IT*, 2014, 205, spec. 38-40, con richiami a saggi precedenti dello stesso A.

contestualizzazione e questa circostanza conferma che, in particolare nella nostra materia, ormai la certezza del diritto non può che essere provvisoria e non definitiva e richiede al giudice, più che una risposta esatta, una risposta ragionevole¹¹.

Solo ora alla fine di questo non breve percorso argomentativo si possono esaminare le tre questioni precedentemente poste e cioè:

- 1) l'incidenza della norma di legge e di contratto collettivo sulle clausole difformi del contratto individuale
- 2) il rapporto tra clausole del contratto collettivo nazionale e quelle del contratto collettivo aziendale
- 3) il rapporto tra norma di legge inderogabile e clausole del contratto collettivo.

5. *Norma di legge inderogabile e clausole difformi del contratto individuale*

Come si è già detto la norma inderogabile è posta a presidio della parte debole del rapporto di lavoro ma è opportuno mettere in evidenza come opera la norma inderogabile di legge sulle clausole difformi del contratto individuale. E subito è agevole vedere che opera in due modi:

a) la norma inderogabile che sterilizza l'autonomia individuale non limitandosi a dichiarare nulle ma sostituendo le clausole difformi del contratto individuale al fine di assicurare un trattamento economico e normativo minimo al lavoratore e riguarda la fase acquisitiva del diritto.

b) la norma inderogabile che va oltre la fase acquisitiva del diritto e riguarda la disposizione dei diritti già acquisiti dal lavoratore¹².

Nel primo caso si può dire che siamo in presenza di una inderogabilità forte o assoluta e certamente uniformante perché la sanzione è costituita dalla sostituzione automatica delle clausole difformi mentre nel secondo caso l'inderogabilità delle norme da parte dell'autonomia individuale non è quasi mai assoluta (con l'eccezione degli artt. 2103 comma 2 cod. civ. e art. 36, comma 3, Cost.) nel senso che al-

¹¹ In termini generali v. già ABIGNENTE, *Note minime in margine ad un interessante dibattito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 4, 733-4.

¹² Cfr. sul punto F. SANTORO-PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1961, 1125 e ss.

l'inderogabilità delle norme non corrisponde un'indisponibilità assoluta, ma relativa dei diritti, regolata dall'art. 2113 cod. civ.

Nel secondo caso quindi a differenza che nel primo vale il principio dell'indisponibilità relativa e non assoluta dei diritti del lavoratore subordinato.

Ciò significa che i lavoratori possono disporre dei loro diritti osservando determinate procedure secondo quanto dispone l'art. 2113, comma 4, c.c.

Si vuole dire che il lavoratore non è un *capite deminutus* perché l'inderogabilità delle norme non gli impedisce di valutare tempi e modi di esercizio dei medesimi e di conseguenza ben si può dire che il regime generale predisposto dall'art. 2113 c.c. a differenza dell'art. 2013 comma 2 c.c. tempera la rigidità della norma inderogabile e conseguentemente riconosce al lavoratore, a determinate condizioni, il potere di disposizione dei suoi diritti e quindi non determina la uniformità del trattamento del lavoratore operata dalla inderogabilità del primo tipo.

Si tratta ora di vedere come si atteggia l'inderogabilità delle clausole del contratto collettivo a raggio più esteso nei confronti delle clausole del contratto collettivo a raggio meno esteso .

6. *I rapporti tra clausole del contratto collettivo di diverso livello*

Nell'ordinamento italiano con l'abolizione dell'ordinamento corporativo e già prima della entrata in vigore della Costituzione aveva ripreso vigore il contratto collettivo di diritto comune stipulato da associazioni sindacali soggetti privati. E la libertà sindacale garantita dall'art. 39 Cost., in assenza e nell'attesa di una legge sindacale mai arrivata, ha riconosciuto alle parti collettive il potere di tutelare da sé i loro interessi, rilevando nella prassi come fonte di diritto, sia pure *extra ordinem*, nella tutela del rapporto di lavoro subordinato.

È noto altresì che l'autonomia collettiva ha riconosciuto il suo massimo grado di effettività e di espansione quando i contratti collettivi di diritto comune, in ragione della rappresentatività elevata dei sindacati, hanno garantito alla totalità dei lavoratori di determinati settori produttivi tutele sempre crescenti¹³.

¹³ Premesso che la giurisprudenza già da circa 40 anni ha sempre affermato la non applicazione dell'art. 2077 c.c. al rapporto tra contratti collettivi di diverso livello con la

Non solo, ma i sindacati confederali avevano da molto tempo dato vita ad una struttura della contrattazione articolata su due livelli. Infatti già dal 1962 la contrattazione articolata aveva previsto un doppio livello di contrattazione, quello nazionale e quello aziendale, nell'ambito di una gerarchia tra contratti collettivi di diverso ambito applicativo non stabilita dalla legge, come avviene nel rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale (vedi art. 2077 c.c.) ma dalla stessa contrattazione collettiva.

Il contratto aziendale era delegato dal contratto nazionale a regolare determinate materie stabilite dal contratto collettivo e di fatto svolgeva una funzione di volano diretta a garantire ai lavoratori trattamenti sempre più favorevoli che poi diventavano, spesso, la base per il rinnovo del successivo contratto nazionale. Questo fenomeno è regolato anche da una serie di accordi interconfederali di cui quello del 1993 è sicuramente il più significativo¹⁴.

Orbene ci si può chiedere se questo sistema regga ancora in presenza di una situazione economica in recessione in cui è dato riscontrare una crisi della rappresentatività sindacale e anche una divergenza tra le centrali sindacali nella determinazione degli obiettivi di politica sindacale.

È noto invece che in anni lontani c'è stata una stagione delle relazioni sindacali in Italia denominata di concertazione perché le forze sociali insieme al governo, individuavano obiettivi di politica economia attraverso il c.d. scambio politico in cui ogni parte contribuiva, nei limiti delle proprie competenze, alla realizzazione degli obiettivi prefissati. È opportuno però, avere ben presente che la concertazione italiana è allo stato inesistente: appaiono lontani anni luce i tempi in cui i sindacati conducevano lunghe e laboriose trattative con il governo su materie importanti come fisco, sanità, oltre, ovviamente, alle materie del lavoro. È noto che di recente essi sono stati solo velocemente consultati¹⁵. D'altra parte la concertazione, sia

conseguenza che il contratto aziendale poteva derogare anche in peius le clausole del contratto collettivo nazionale in ragione del criterio della specialità e della competenza a condizione che i soggetti del contratto nazionale e aziendale fossero gli stessi,

¹⁴ Questo accordo, alla cui redazione ha contribuito in modo determinante Giugni, costruisce un sistema di contrattazione collettiva che si svolge secondo il principio dell'effettività cfr. già molto prima in argomento GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960 .

¹⁵ Sulla marginalizzazione del sindacato negli ultimi anni cfr. RUSCIANO, *Contratta-*

nella forma pregnante del passato sia in quella ridotta della consultazione, ben difficilmente può essere omologata al dialogo sociale così come è regolato dalla normativa europea.

Allo stato attuale si può intravedere all'orizzonte una sorta di competizione tra contratti collettivi di diverso livello, con l'obiettivo ultimo di bypassare o eliminare il livello della contrattazione nazionale?

Certamente questa competizione tra contratti di diverso livello non è favorita dagli accordi interconfederali del 2011 del 2013 e dal testo unico del 2014, ma ci si può chiedere se invece sia favorita dalla legge o ancora dalla crisi economica?

Riservandomi di rispondere a questa domanda successivamente, mi preme ora osservare che i tre accordi interconfederali appena ricordati hanno stabilito che il contratto nazionale può individuare limiti e procedure secondo cui il contratto aziendale può derogare in peggio le clausole del contratto nazionale. E in assenza del contratto collettivo nazionale le modifiche peggiorative possono essere stabilite da intese a livello aziendale ma, in questo caso, tali accordi devono essere stipulati d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali di categoria espressione delle confederazioni firmatarie dell'accordo interconfederale.

In questa seconda ipotesi, la necessaria approvazione del sindacato esterno supplisce alla mancanza del filtro costituito dal contratto nazionale ed è richiesto, inoltre, il rispetto di ulteriori condizioni relativamente alle materie derogabili e alle finalità dei contratti aziendali in deroga¹⁶.

Da queste disposizioni si comprende come per la prima volta le parti sociali prendano atto che il contratto aziendale possa derogare *in peius* determinati trattamenti nei limiti previsti dal contratto nazionale.

zione e sindacato nel diritto del lavoro dopo la l. 28 giugno 2012 n. 92, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 6, 1283-4.

¹⁶ Cfr. LISO, *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno e sulla legge in materia di «contrattazione di prossimità»*, in *WP CSDLE.IT*, 157/2012, 14; TOSI, *Gli assetti contrattuali fra tradizione e innovazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 530; in q. senso già G. SANTORO-PASSARELLI, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con mod. l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 1224 e ss.

Anche in questo caso, pertanto, l'uniformità oppressiva delle clausole inderogabili del contratto collettivo nazionale non sussiste perché lo stesso contratto collettivo nazionale stabilisce condizioni e modalità per la sua deroga *in petus*¹⁷.

E inoltre risulta smentita anche la tesi secondo cui la stessa contrattazione collettiva favorirebbe la competizione tra contratti collettivi di diverso livello, perché il testo unico del 2014 conferma in modo inequivocabile che le deroghe stabilite a livello aziendale sono ammesse nei limiti e secondo le procedure stabilite dal contratto nazionale.

7. *Il rapporto tra norma di legge inderogabile e contratto collettivo*

Quanto al rapporto tra norma inderogabile di legge e contratto collettivo¹⁸, bisogna distinguere le ipotesi in cui la legge delega la sua funzione regolamentare al contratto collettivo, come avviene ad esempio nello sciopero nei servizi pubblici essenziali dove il contratto è delegato ad individuare le prestazioni indispensabili o, nei licenziamenti collettivi, a stabilire i criteri di scelta dei lavoratori che possono essere licenziati.

In queste ipotesi la legge affida al contratto collettivo una funzione integratrice della stessa norma.

In altre ipotesi la legge assegna al contratto collettivo il potere di derogare norme di legge inderogabili.

In questo caso quindi la legge non attribuisce al contratto collettivo il potere di sostituire le clausole difformi del contratto individuale ma autorizza il contratto collettivo a derogare, a determinate condizioni, norme di legge imperative che comunque restano in vigore.

A tal proposito vale la pena richiamare il citato art. 8 d.l. n. 138 del 2011, conv. con mod. in l. n. 148 del 2011, rubricato, «sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità», che abilita i contratti aziendali o territoriali, sottoscritti da particolari soggetti e, a determinate condizioni, a regolare specifiche materie indicate dalla legge con due effetti peculiari:

¹⁷ TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 3, 618.

¹⁸ Sul rapporto tra legge e contratto collettivo, e le diverse tecniche legislative adottate nel tempo v. F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, Cedam, 2005, 439 ss.

a) efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati;

In questo caso si tratta di una vera e propria efficacia generale perché è stabilita da un atto normativo, diversamente da quanto previsto dalle clausole 4 e 5 dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, che in quanto fonte negoziale ha esso stesso un'efficacia limitata. Il riferimento a «tutto il personale in forza» contenuto nell'accordo interconfederale deve essere inteso a tutto il personale iscritto alle associazioni espressione delle confederazioni firmatarie¹⁹.

b) possibilità di derogare non solo ai contratti nazionali ma anche a norme di legge, con i soli limiti del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro²⁰.

È importante sottolineare che la legge lascia alle parti l'iniziativa in ordine all'effettiva stipulazione di questi particolari contratti aziendali.

Ancora, l'art. 8 individua direttamente le materie sulle quali i contratti di prossimità sono abilitati ad intervenire con efficacia generale e/o derogatoria.

Diversamente da quanto previsto dall'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, quindi, si prescinde da eventuali deleghe da parte dei contratti nazionali, con un'attribuzione di competenza a titolo originario al contratto di prossimità.

L'aspetto più rilevante, tuttavia, è senza dubbio la competenza derogatoria dei contratti *ex art. 8*, spinta fino alle norme di legge, diversamente dai normali contratti aziendali che, per il testo unico del 10 gennaio 2014 possono al massimo derogare le discipline contenute nei contratti nazionali²¹.

¹⁹ DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 11.

²⁰ Sul tema dei rapporti tra contratto aziendale e nazionale cfr. le peculiari ricostruzioni di MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 21-22, secondo cui la possibilità di derogare al Ccnl sarebbe funzionale al solo scopo di impedire che il Ccnl, mediante un rinvio alle norme imperative di legge derogate, possa privare di effetti la deroga alla legge e di DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro*, 2013, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, cit., secondo cui la derogabilità del ccnl, a seguito dell'intervento legislativo, potrebbe essere condizionata in via generale al rispetto dei requisiti di cui all'art. 8.

²¹ Cfr., da ultimo, F. CARINCI, *Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e fu-*

Anche in considerazione della vaghezza dei limiti all'efficacia derogatoria²² (la norma fa salvi il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro), suscita perplessità che modifiche così rilevanti possano essere affidate alla sede sindacale aziendale, notoriamente più condizionata dalla controparte di quanto sia la sede sindacale nazionale.

Ciò non significa ovviamente che si debba limitare la competenza del contratto aziendale a vantaggio del contratto nazionale. È fin troppo evidente, infatti, che in materia retributiva la competenza del contratto aziendale è destinata ad ampliarsi, fermi restando i minimi stabiliti dal contratto nazionale, indispensabili per quella miriade di lavoratori che prestano la loro opera nelle imprese minori, ovviamente prive del contratto aziendale.

Senza sottacere le riserve sulla sua costituzionalità dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011²³, a quanto pare non ancora rimesso allo scrutinio di costituzionalità, si può osservare, sia pure in prima approssimazione, che questa norma vulnera il principio dell'inderogabilità delle norme di legge da parte del contratto collettivo e tende a scardinare il principio della gerarchia tra contratti collettivi di diverso livello, perché attribuisce a titolo originario al contratto aziendale la funzione di derogare la norma di legge senza la mediazione del contratto collettivo nazionale²⁴. E, sotto questo profilo, favorisce la com-

turo, in WP ADAPT, 2014, 164. Secondo l'A. l'art. 8 «costituisce la massima apertura alla c.d. gestione consensuale del mercato del lavoro tramite una contrattazione delegata «rinforzata».

²² PESSI, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 62-3; SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 3, 495-8; A. ZOPPOLI, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in WP CSDLE.IT, 131/2011, 23.

²³ Per tutti vedi F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, 1137 e ss. e in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT, 133/2011, spec. 43 e ss.; M. RUSCIANO, *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, 8 settembre 2011, in *www.eguaglianzaelibertà.it*; CARABELLI, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte*, Cost.: *i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 549 e ss.; PERULLI, SPEZIALE, *Intervento*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, Milano, 192-7.

²⁴ LISO, *op. cit.*, 29 e ss. e spec. 33 e 37-8.

petizione tra i contratti collettivi nazionale e aziendale con l'obiettivo ultimo del superamento del livello nazionale di contrattazione²⁵.

Lo spirito che anima questa norma è profondamente diverso da quello che ha spinto le parti sociali prevedere un sistema di deroghe peggiorative a livello aziendale lasciando il governo delle relazioni industriali al sindacato nazionale²⁶. E questa diversa impostazione emerge con chiarezza nella postilla del 21 settembre 2011 all'accordo del 28 giugno del 2011²⁷, che invita le parti sociali ad attenersi alle procedure previste dallo stesso accordo interconfederale e, di conseguenza, può considerarsi un invito implicito ai sindacati firmatari degli accordi interconfederali a non seguire la procedura prevista dall'art. 8 d.l. n. 138 del 2011, conv. con mod. in l. n. 148 del 2011.

8. *Norma flessibile e norma inderogabile*

A questo punto si tratta di verificare se il suddetto art. 8 possa considerarsi un episodio normativo ancora isolato o sia destinato a segnare un'inversione di tendenza e cioè che il contratto aziendale sia abilitato a derogare *in peius* norme di legge.

E una questione ancora diversa è se l'art. 8 potrà considerarsi abrogato dalle normative successive e mi riferisco alla stessa legge Fornero in materia di sanzioni rispetto al licenziamento per g.m. soggettivo e oggettivo, alla normativa sul contratto a termine del 2014 e ai decreti delegati emanati sulla base della legge delega sulle materie già regolate dall'art. 8.

Rispetto al primo quesito si deve osservare che la normativa successiva, pur non ricorrendo alla stessa tecnica dell'art. 8, nel senso che non autorizza il contratto aziendale a derogare *in peius* norme di

²⁵ Al riguardo, secondo GHERA, *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *WP CSDLE.IT*, 202/2014, 5 ss. e spec. 9, l'aspetto più critico, sul piano della legittimità costituzionale dell'art. 8, è proprio l'attribuzione della funzione derogatoria in via esclusiva ai contratti di prossimità, suscettibile di ledere la libertà di organizzazione sindacale.

²⁶ *Ex plurimis v. TOSI, L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, 1221; SCARPELLI, *Intervento*, in *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 3, 643.

²⁷ Cfr. RICCI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 43 ss., che parla del 21 settembre 2011 come del «giorno dell'orgoglio delle parti sociali».

legge, interviene direttamente a modificare talune normative inderogabili che regolavano il rapporto di lavoro.

Mi riferisco per esempio alla legge n. 92 del 2012 che flessibilizza la disciplina preesistente in materia di licenziamento per giustificato motivo, perché riduce l'ambito di applicazione della sanzione della reintegrazione, e riconosce al giudice il potere di decidere se applicare la sanzione della reintegrazione o del risarcimento in caso di licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo.

Anche la recente normativa in materia di contratto a termine, come è noto, ha sicuramente flessibilizzato la disciplina precedente del 2001, perché ha abolito le causali anche se ha demandato al contratto nazionale e non aziendale la funzione di superare il limite percentuale del contingentamento dei contratti a termine.

In prima approssimazione si può dire che la norma può considerarsi flessibile se determina l'attenuazione del codice protettivo del prestatore di lavoro stabilito dalla disciplina precedente.

E in seconda approssimazione si deve precisare che l'attenuazione del codice protettivo può realizzarsi:

a) attraverso la diversa disciplina di un determinato istituto del rapporto di lavoro (mansioni, controlli a distanza, licenziamento ecc.) ovvero attraverso

b) una *diversa articolazione delle tutele all'interno dello stesso tipo in ragione di un requisito del rapporto o della prestazione di lavoro* (ad es.: la possibilità di apporre il termine al contratto di lavoro, per giunta senza causali, riduce il codice protettivo previsto dal legislatore per il contratto a tempo indeterminato; lo stesso può dirsi con riferimento alla previsione di un orario ridotto in luogo di quello normale, o di una prestazione lavorativa intermittente in luogo di quella continua) o ancora

c) *attraverso la previsione di fattispecie diverse ma contigue a quella del rapporto di lavoro subordinato*, (la disciplina della somministrazione rispetto alla disciplina del contratto di lavoro subordinato regolato dall'art. 2094 c.c. la disciplina del lavoro a progetto che pure è una forma di lavoro autonomo continuativo).

È opportuno chiarire che gli interventi legislativi che attenuano il codice protettivo previsto da una normativa preesistente abrogano e sostituiscono le norme preesistenti con altre più flessibili secondo le regole della successione nel tempo delle fonti dello stesso livello.

L'effetto sostitutivo della norma successiva rispetto a quella pre-

cedente consente di sottolineare la distinzione concettuale e di effetti tra norma flessibile e norma inderogabile.

Infatti la norma flessibile intesa come attenuazione del codice protettivo previsto dalla norma precedente sostituisce quest'ultima e non presuppone un rapporto gerarchico o di autorizzazione tra norme di legge che si susseguono nel tempo, rapporto gerarchico che invece sussiste tra norma di legge inderogabile e altra fonte sottordinata.

Ed in base al rapporto gerarchico la fonte sovraordinata (norma di legge inderogabile) abilita la fonte sottoordinata (contratto collettivo) a modificare in peius, entro determinati limiti e condizioni, la norma inderogabile. D'altra parte la norma inderogabile non è sostituita dalla fonte sottordinata ma resta in vigore anche se la sua efficacia è limitata dalla norma sottordinata.

E se si ha riguardo al *Jobs Act*, e cioè alla legge delega in materia di lavoro (art. 1, comma 7) e in particolare all'art. 55 della bozza del decreto delegato è agevole osservare come la nuova norma flessibilizza il vecchio testo dell'art. 2103 c.c., sia direttamente perché consente l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali, in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore, sia riconoscendo al contratto collettivo di prevedere ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni inferiori.

In altri termini l'art. 55 della bozza di decreto sulle tipologie contrattuali elimina direttamente l'inderogabilità assoluta dell'art. 13 dello Statuto, e, d'altra parte, abilita la contrattazione anche aziendale a prevedere nuove ipotesi di demansionamento.

Si noti tuttavia che gli agenti sindacali anche nel caso di contrattazione aziendale restano i sindacati confederali o di categoria.

Si può ora rispondere al secondo quesito precedentemente posto e cioè se l'art. 8 del d.l. 148 del 2011 possa considerarsi abrogato dalla normativa successiva.

La risposta deve essere articolata perché, come è noto, l'art. 8 riconosce al contratto aziendale un duplice effetto e cioè l'efficacia generale e quella derogatoria.

Effetto che si produce sulla base di intese definite «specifiche»

²⁸ Valorizza la specificità delle intese A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *ADL*, 2012, 34.

dalla stessa legge e che, come già accennato, oltre ad operare su materie delimitate, mirano alla realizzazione di particolari finalità²⁸.

La Corte costituzionale, inoltre, ha sottolineato il carattere «chiaramente eccezionale» della disposizione²⁹.

Per queste ragioni i contratti aziendali stipulati *ex art. 8* possono essere considerati una specie particolare di contratti.

Le caratteristiche del contratto aziendale *ex art. 8* inducono a ritenere che la norma non possa ritenersi formalmente abrogata dalla disciplina del contratto a termine del d.l. 20 marzo 2014, n. 34 come modificato dalla legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78. Questa normativa, più che abrogare l'art. 8 ha fatto venir meno l'interesse del datore di lavoro ad avvalersi di questa norma: infatti la flessibilizzazione della disciplina del contratto a termine, attuata dapprima dall'art. 8 attraverso il rinvio al contratto collettivo, è stata direttamente realizzata dalla legge 16 maggio 2014 n. 78 che ha eliminato le causali per la conclusione del contratto a termine consentendo al contratto collettivo di superare il limite percentuale di contratti a termine stabilito dalla stessa legge.

Per quanto riguarda le altre materie prese in considerazione dall'art. 8 e mi riferisco in particolare al demansionamento, la bozza di decreto (art. 55) ha flessibilizzato direttamente l'art. 2103 c.c. perché ha eliminato il divieto generale di adibire il lavoratore a mansioni inferiori e ha riconosciuto al contratto collettivo la competenza a prevedere ulteriori ipotesi di adibizione a mansioni inferiori sicché essa non è più un'eccezione.

La flessibilizzazione della disciplina è ancora più vistosa rispetto al licenziamento illegittimo perché il decreto a tutele crescenti ha ridotto notevolmente l'ambito di applicazione della reintegrazione.

9. Conclusioni

Si può concludere che la legge delega come i decreti delegati e cioè il cosiddetto Job's Act hanno l'obiettivo di attenuare, direttamente o attraverso la mediazione del contratto collettivo, il carattere inderogabile di talune disposizioni dello Statuto dei lavoratori eliminando taluni limiti all'esercizio dei poteri dell'imprenditore. Emblematico in questo senso il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. così come modificato dall'art. 55 della bozza di decreto delegato

²⁹ Corte cost. 4 ottobre 2012, n. 221.

Insomma la tecnica della sostituzione automatica delle discipline difformi da quanto stabilito dalle norme inderogabili di legge o dalle clausole, parimenti inderogabili, del contratto collettivo sembra ormai destinata a divenire marginale o meglio non più centrale nella dinamica dei rapporti di lavoro in quanto valida soltanto nei confronti dell'autonomia individuale.

Viceversa sembra cambiare la tendenza nel rapporto tra legge e autonomia collettiva perché, come risulta anche dagli esempi sopra citati, le normative più recenti attribuiscono sempre più spesso al contratto collettivo la facoltà di derogare *in peius* alla norme di legge, oppure intervengono direttamente a «flessibilizzare» normative previgenti.

Ci si potrebbe domandare a questo punto, se la tecnica della sostituzione automatica, baricentro delle tutele accordate dal diritto del lavoro con la norma inderogabile, sia destinata a diventare da fondamento un problema del diritto del lavoro³⁰.

La sostituzione automatica risponde, infatti, ad una marcata esigenza di tutela della parte contrattuale debole, i cui interessi sono fatti preventivamente propri dall'ordinamento ed imposti all'altra parte nel momento della determinazione del contenuto del contratto.

Dal punto di vista del lavoratore la sostituzione automatica determina un miglioramento delle condizioni di lavoro, proprio perché il contenuto del contratto stipulato in violazione della norma inderogabile di legge o della clausola inderogabile del contratto collettivo viene rideterminato a suo favore.

Dal punto di vista dell'impresa, però, i maggiori costi di questa rideterminazione potrebbero compromettere la possibilità di stare sul mercato e comportare la riduzione dei livelli occupazionali o addirittura la cessazione dell'attività³¹.

Ed è innegabile che in periodi di crisi questo rischio è più elevato, con la conseguenza che discipline inderogabili troppo rigide e tutelanti possono in realtà ritorcersi contro quest'ultimo (ma non

³⁰ Cfr., icasticamente, CESTER, *La norma inderogabile...*, cit., 341 e ss., con ulteriori approfondimenti in ordine alla «inderogabilità che si va perdendo». Sotto altro aspetto, con particolare riferimento al profilo dispositivo, si veda anche TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, *ivi*, 423 e ss.

³¹ Basti pensare al fallimento dell'Alemagna intervenuto poco dopo che, ai sensi della rigida disciplina dettata dalla legge n. 230 del 1962, furono ritenuti illegittimi i contratti a tempo determinato stipulati nel periodo natalizio, con conversione degli stessi in contratti a tempo indeterminato.

solo, anche contro gli altri dipendenti) nel momento in cui l'impresa è costretta a chiudere.

Certo il ricorso sempre più frequente al contratto collettivo con il fine di derogare a discipline che possono rivelarsi troppo rigide in determinati contesti può risultare penalizzante per il singolo lavoratore laddove intervengano deroghe peggiorative.

Ma tali tecniche possono rivelarsi necessarie o opportune per garantire i livelli occupazionali nella misura in cui consentono all'impresa di rimanere sul mercato.

In quest'ottica, allora, il baricentro delle tutele accordate dal diritto del lavoro, tradizionalmente incentrate sulla protezione del singolo lavoratore come contraente debole, potrebbe tendenzialmente spostarsi verso una dimensione collettiva, tesa a mantenere i livelli occupazionali anche a costo di cedere qualcosa sul piano delle garanzie individuali³².

Le minori garanzie individuali a seguito delle deroghe peggiorative o dell'introduzione di discipline più flessibili rispetto alle precedenti sarebbero controbilanciate dal mantenimento del posto di lavoro, considerato prevalente in un'ottica di temperamento dei vari interessi.

Si deve anche rilevare, però, che la sempre più estesa facoltà di deroga del contratto nazionale da parte di quello aziendale nel nome della lotta all'uniformità «oppressiva» rischia di compromettere, di fatto, la funzione solidaristica che il contratto nazionale tradizionalmente assume.

Le condizioni minime stabilite nel contratto nazionale, infatti, proprio perché uniformi, sono determinate tenendo conto dei differenti contesti socio-economici del territorio italiano.

Il potenziamento del contratto aziendale in deroga, soprattutto se svincolato dal controllo a monte da parte del contratto nazionale, rischia inevitabilmente di far saltare il primo livello di contrattazione e le relative logiche solidaristiche, a tutto vantaggio di discipline patizie che tengono conto esclusivamente di interessi particolari, relativamente ai quali ognuno negozia per sé.

³² Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 20. L'A. sottolinea che «il terremoto in corso nel sistema economico finanziario è talmente minaccioso che soltanto una qualche finalizzazione (financo) delle strutture portanti della materia può evitare il loro altrimenti inevitabile tracollo. In presenza di terremoti solo le strutture flessibili hanno maggiori possibilità di reggere».

SOMMARIO: *Premessa*: 1. La polisemia del termine «principio». – I. *Principi, contesti applicativi, processi ermeneutici*: 2. I principi tra induzione e deduzione. – 3. Le aporie di entrambi i metodi. – 4. Il ragionamento induttivo e la rilevanza del contesto. – 5. Il diritto come esperienza comunicativa. – 6. Ancora su «naturalismo giuridico» e «giusnaturalismo». – 7. Il ragionamento teleologico e gli «scenari» immaginati dall'interprete. – 8. Il metodo della ponderazione. – 9. I principi: tra rango della fonte e gerarchia dei valori. – 10. Un primo bilancio. – II. *L'esperienza commercialistica*: 11. L'autonomia del diritto commerciale. – 12. I principi e il governo di attività complesse. – 13. Policentrismo normativo, analogia, interpretazione estensiva. – 14. Conflitti tra principi e clausole generali. – *Conclusioni*: 15. I principi e la certezza del diritto.

PREMESSA

1. *La polisemia del termine «principio»*

FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, nell'aprire i lavori del Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei su «I principi generali di diritto» (27-29 maggio 1991), dopo aver portato una fondamentale testimonianza sui motivi che avevano indotto il legislatore del '42 ad astenersi dal «codificare» questo tipo di norme, si era affrettato ad aggiungere che, in materia, occorre muoversi con grande cautela, perché il termine «principio» ha una pluralità di significati, e ogni singola accezione pone problemi diversi.

Il monito, in realtà, era stato già formulato da BOBBIO nell'omonima voce del *Novissimo digesto italiano* (1966), ed era stato ripetuto da GUASTINI nella relazione tenuta al XV Convegno della Società italiana di filosofia giuridica e politica (Pisa e Viareggio, 16-18 maggio 1985), ove si trovano inventariati ben sei o sette significati del termine. Forse, però, è ancora più interessante osservare come ogni relatore del convegno linceo, oltre a prendere le mosse dalla predetta polisemia, fornisse nozioni e tassonomie molto diversificate. Così, per restare ai privatisti, FALZEA nella relazione introduttiva distingueva tra principi *comuni* (inespressi), principi *fondamentali* (espressi), e principi *transnazionali*, per poi aggiungere i principi *supremi* (ai quali fa riferimento la Costituzione) e gli *standard* valutativi (le clau-

sole generali) richiamati da numerose disposizioni di legge. SACCO osservava come in ogni ambiente i principi, i concetti giuridici, i valori fondamentali, i diritti inviolabili della persona, e via dicendo, assolvano un diverso ruolo e siano dotati di un diverso grado di generalizzazione, con l'aggiunta che il ruolo e il grado di generalizzazione sono destinati a mutare nel tempo, secondo il tipo di cultura dominante. GORLA segnalava il diverso fondamento dei principi, a seconda che si operi in ordinamenti «chiusi» o «aperti», e richiamava l'attenzione sui «principi di civiltà giuridica», che non potrebbero essere formulati attingendo al patrimonio spirituale di una sola nazione. TRABUCCHI si soffermava sui principi comunitari, che dovrebbero rispondere non solo agli interessi del commercio inter-statuale, ma anche ai valori, di più alto rango, espressi dalle popolazioni europee. OPPO, nella relazione dedicata al diritto privato, non proponeva nuove nozioni o nuove tassonomie, ma metteva in luce come i principi, nelle tradizionali partizioni del sistema (soggetti, atti, beni), subiscano limitazioni e giochino ruoli alquanto eterogenei. MENGONI nella relazione metodologica contrapponeva i principi *dogmatici* (o *assiomatici*), che dovrebbero essere applicati secondo lo schema del «tutto o nulla», ai principi *problematici*, che fornirebbero solo argomenti da soppesare in sede applicativa: fermo restando che tale distinzione non erigerebbe un muro invalicabile tra le due predette tipologie, ma potrebbe essere superata, ogni qual volta una serie di itinerari argomentativi si sia consolidata a tal punto, da individuare un nuovo principio dogmatico. RESCIGNO, infine, nella relazione di sintesi, dopo aver chiarito, con una finissima analisi storica ed esegetica, il significato della formula utilizzata nell'art. 12 delle preleggi, invitava alla prudenza nell'individuare nuovi principi, che poi, all'atto pratico, si sarebbero rivelati strumenti poco maneggevoli in sede applicativa.

PRINCIPI, CONTESTI APPLICATIVI, PROCESSI ERMENEUTICI

2. *I principi tra induzione e deduzione*

Il lungo elenco – per altro largamente incompleto – di autori e opinioni, stilato qui sopra, ha un duplice scopo: per un verso, mette in evidenza (qualora ve ne fosse bisogno) la difficoltà della materia e la molteplicità delle soluzioni proponibili per ogni singola tipologia

di principi; per altro verso, fa capire come mai il problema appaia sempre nuovo.

La cosa ci riguarda da vicino. Nel partecipare a un'iniziativa culturale, che ripropone – come l'odierno seminario – uno dei più classici temi della teoria generale del diritto, viene da chiedersi, infatti, cosa mai ci si possa attendere da un supplemento d'indagine in questo campo. E le perplessità sono destinate ad aumentare, se si considera che i Padri fondatori della «Scienza giuridica italiana» – mi si passi l'espressione un po' roboante – hanno quasi tutti scritto dei volumi, ad uso didattico o scientifico, nei quali esponevano i «Principi» delle loro materie: basti pensare ai *Principi di diritto costituzionale* (e poi di *Diritto amministrativo*) di V.E. ORLANDO, ai *Principi di diritto processuale civile* di CHIOVENDA, o ai *Principi di diritto commerciale* di ROCCO, e via dicendo.

Di fronte a opere così nitide, da stagliarsi ancora oggi nella memoria collettiva, viene spontaneo interrogarsi su che senso potrebbe avere, adesso (al di fuori di una trattazione specialistica della materia), stilare nuovi elenchi di valori e di regole. Ovviamente, questi elenchi sarebbero diversi da quelli suggeriti dai Maestri or ora ricordati, ma non avrebbero alle loro spalle quelle certezze e quella stabilità del quadro istituzionale, che costituiscono l'indispensabile presupposto per accingersi a un lavoro così impegnativo. In fondo, la pur illuminante relazione del Professor OPPO ai Lincei mostra già i limiti, o forse l'impossibilità, di un approccio del genere, perché la realtà in cui viviamo è troppo sfrangiata e mutevole, per sperare che un tentativo di sintesi riesca a sopravvivere al fluire del tempo, se contestualmente non desse conto della problematicità delle soluzioni.

A ben guardare, però, proprio le osservazioni che precedono pongono l'esigenza di rivedere l'impostazione complessiva della materia, perché richiamano l'attenzione sul fatto che il problema può essere esaminato da due prospettive diametralmente opposte: nella prima, ci si sforza d'individuare le regole che governano un istituto, attraverso un processo astrattivo, che prende lo spunto da una serie di «casi» per formulare norme di più ampia portata; nella seconda, ci si chiede quali siano gli effetti di talune disposizioni generali (desunte dalla Costituzione, dalle Carte sovranazionali, dai codici, da leggi ordinarie, o da norme non scritte di varia natura) sui singoli settori dell'ordinamento, che potrebbero mostrare differenti gradi di

permeabilità ai valori da ottimizzare. Nella prima, ci si avvale di una tecnica *induttiva*, e quindi ci si chiede a quali condizioni si possa correttamente dare corso a un processo di generalizzazione astrattiva; nella seconda, ci si avvale di una tecnica *deduttiva*, che fa emergere le potenzialità del principio, ma, al tempo stesso, ne evidenzia la forza espansiva e la conseguente inevitabilità di conflitti con altri valori di pari rango. Nella prima, si elaborano i principi «di» una determinata materia (il diritto costituzionale, processuale, commerciale, *etc.*); nella seconda, si cerca di chiarire quale sia l'impatto di un principio già noto (perché sancito dalla Costituzione o da altre Carte) «in» ogni specifico comparto dell'esperienza giuridica.

3. *Le aporie di entrambi i metodi*

A dire il vero, l'accennata duplicità di approcci – che rispecchia la contrapposizione tra il metodo dell'induzione e quello della deduzione – è stata già segnalata, con la solita esemplare chiarezza, da F. FERRARA SR., in uno scritto che risale alla prima metà del secolo scorso. Nel frattempo, però, si è attenuata la fiducia riposta dall'interprete negli strumenti della logica formale: non perché si contesti l'efficacia del sillogismo nel campo delle scelte pratiche (al riguardo non posso che rinviare agli importanti lavori di CARCATERRA); ma perché si è dovuto dare atto che questa tecnica, da sola, non è in grado di fornire soluzioni inoppugnabili. Cerco di spiegare il senso delle mie parole.

3.1. Sono note le perplessità che KANT aveva manifestato in merito al rigore logico del ragionamento *induttivo*: a suo avviso, infatti, la pura e semplice induzione sarebbe «cieca». La critica, però, doveva avere effetti ancora più dirompenti dopo gli interventi di C.S. PEIRCE (uno dei fondatori del pragmatismo americano), il quale fece valere la propria autorità di chimico (e cioè di cultore di una delle più prestigiose «scienze esatte») per sostenere, già alla fine dell'Ottocento, che l'attività di ricerca non può fondarsi sulla sola sperimentazione, se quest'ultima non è sorretta da una teoria, o da un'ipotesi scientifica, dovuta all'intuizione dell'operatore. PEIRCE amava ripetere che l'aver estratto da un sacco di iuta una serie di fagioli non dà alcuna garanzia che il predetto contenitore sia pieno di legumi

della stessa specie. Proprio per questo all'*induzione* si dovrebbe sostituire l'*abduzione*.

Nel nostro caso, per altro, i problemi posti – sul piano dell'affidabilità – dal ragionamento induttivo sono ancora più evidenti, perché, per riprendere l'immagine di PEIRCE, il giurista non è nemmeno sicuro di avere a che fare con dei «fagioli»: innanzi tutto, non sa se le norme particolari, da cui prende le mosse, siano davvero riconducibili a un'unica *ratio*; e poi non sa se il principio, formulato per via d'astrazione, sarebbe stato accolto dal legislatore nella sua pienezza, o non sarebbe stato sottoposto a una serie di eccezioni e restrizioni. Del resto, sono note le perplessità manifestate da WITTGENSTEIN su che cosa significhi «seguire una regola»: a Suo avviso, se talvolta ci sentiamo sicuri dell'esistenza di un principio, è perché siamo condizionati da una serie di credenze, diffuse in un certo ambiente culturale, che inducono a trarre delle *inferenze*, anche là dove *nulla* (!), sul piano della logica, autorizzerebbe a farlo.

3.2. Le perplessità suscitate dal metodo induttivo giustificano la prudenza (o la diffidenza) del giurista nei confronti di generalizzazioni, che spesso gli sembrano arbitrarie e pericolose. Le cose, però, non vanno molto meglio se dal processo *induttivo* si passa a quello *deduttivo*. Già KANT osservava che questo secondo tipo di ragionamento è vuoto. Dobbiamo chiederci, però, se tale caratteristica, nel campo giuridico, non possa avere ricadute positive.

Di primo acchito, si potrebbe pensare, infatti, che proprio il rigore dell'*inferenza* costituisca la migliore garanzia della neutralità del processo applicativo. A ben guardare, però, il rilievo che il sillogismo non fa altro che portare alle logiche conseguenze il contenuto delle premesse, non basta a rassicurarci in merito alla possibilità di dare ai problemi giuridici soluzioni inequivocabili e certe, perché, se le premesse (quella maggiore costituita dalla norma, e quella minore costituita dal fatto) sono entrambe vaghe e discutibili; se la loro portata può essere definita solo attraverso l'interpretazione, si deve concedere che i risultati sono destinati a mutare, a seconda dei valori attribuiti alle predette incognite. La tecnica sillogistica serve a conferire un maggiore ordine al ragionamento; e serve, soprattutto, a rendere più agevole il controllo sociale sul significato di certe operazioni ermeneutiche, suggerite dalla giurisprudenza teorica o pratica (nel senso

che la predetta tecnica consente d'individuare con maggiore precisione da quali premesse siano state tratte determinate conclusioni, con la conseguenza di rendere possibile un dibattito su entrambe). Resta il fatto, però, che il sillogismo è solo uno strumento, del quale è opportuno avvalersi per dare rigore a una certa tesi, ma che, di per sé, non conferisce una maggiore stabilità alle forme giuridiche.

3.3. Nell'applicazione dei principi, il vero problema, tuttavia, è dato dalla loro forza espansiva, che finisce col creare dei conflitti: sono note le contrapposizioni tra libertà e uguaglianza, tra individualismo e solidarismo, tra l'iniziativa economica (pubblica e privata) e i limiti posti in funzione di altri interessi (soprattutto la tutela della persona o dell'ambiente), e così via. Ovviamente, non voglio sostenere che i predetti valori siano *semper* antinomici: l'esperienza insegna, infatti, che per alcuni tratti di strada possono essere compatibili, o addirittura complementari. Alla lunga, però, sono destinati a scontrarsi; e l'inconveniente si presenterebbe a ogni piè sospinto, qualora si volesse utilizzare in maniera pervasiva la tecnica di una legislazione imperniata su principi e clausole generali.

L'orientamento teorico, al quale si deve il massimo incoraggiamento a procedere su questa strada (sto parlando del neocostituzionalismo) è consapevole della difficoltà, e suggerisce di superarla con il ricorso a un nuovo metodo di concretizzazione dell'ordinamento: i principi, a differenza delle norme comuni, non dovrebbero essere *applicati*, bensì *ponderati*, mettendo a confronto valori e interessi contrapposti. Davanti a una fattispecie concreta, si dovrebbe decidere a quale istanza di tutela dare la prevalenza.

Com'è facile intendere, sta proprio qui la difficoltà da superare, perché non si riesce a capire in che modo si possano mettere a confronto valori eterogenei. Sui banchi di scuola ci hanno insegnato che non è possibile comparare pere e mele, a meno che non si esamini la questione da uno specifico angolo visuale (il peso, il valore nutrizionale, il prezzo di mercato, e via dicendo), munendosi di un'apposita unità di misura (un *tertium comparationis*). Nel campo del diritto, però, non è agevole immaginare quale potrebbe essere questo *tertium comparationis*, soprattutto se si considera che alcuni valori appaiono, al tempo stesso, inconciliabili e irrinunciabili. In settori di ricerca diversi dal nostro (si pensi alle indagini sul potere d'acquisto

delle monete) la statistica ha approntato degli strumenti un po' rozzi, ma indubbiamente ingegnosi, come il *paniere* dei beni scelti per calcolare il costo della vita. Nel campo del diritto, tuttavia, un simile espediente farebbe solo sorridere, giacché non si può pensare a un contenitore in cui riporre un po' di uguaglianza, un pizzico di solidarismo e una spruzzatina di libertà. Al di là delle facili ironie, è chiaro che ci troviamo di fronte a un problema serio.

4. *Il ragionamento induttivo e la rilevanza del contesto*

In questa materia, dunque, si ripropongono – moltiplicate e portate al parossismo – le stesse difficoltà, con le quali l'interprete si confronta giorno per giorno, quando deve individuare il contenuto precettivo di norme vaghe, di espressioni generiche, di un rinvio a valutazioni sociali o morali. Riconoscere che il problema esiste non significa, tuttavia, affermare che sia insolubile, o che le soluzioni fin qui adottate siano sbagliate. Per rendersene conto, basta considerare in che modo e con quali strumenti la questione è stata affrontata nei vari periodi storici.

4.1. Forse è utile prendere le mosse da SAVIGNY, che costituisce un punto di riferimento obbligato per lo sviluppo della moderna «scienza» giuridica. Secondo l'illustre scrittore, l'elaborazione dei principi (che dovrebbe avvenire partendo dai dati contraddittori e incompleti dell'ordinamento positivo) sarebbe da considerare come il compito più alto del giurista, al quale si chiede di ricondurre una serie eterogenea di casi e di norme settoriali a un sistema coerente e completo di regole.

In quest'opera di ricostruzione, tuttavia, l'attenzione dello studioso non dovrebbe rivolgersi solo alle norme ricavabili da certi testi (a cominciare dai frammenti raccolti nel *Corpus iuris*, per poi passare alle leggi, ai decreti, alle consuetudini, e via dicendo), ma dovrebbe inquadrare tutto il materiale normativo in una prospettiva più ampia, nella quale emergono delle realtà *organiche* (gli «istituti», quali la famiglia, il matrimonio, il contratto, la proprietà, il possesso, *etc.*), a loro volta vivificate dallo «spirito del popolo». Come si vede, il ragionamento induttivo continuerebbe a essere il fulcro della ricerca: ma non dovrebbe limitarsi a prendere in considerazione solo le norme, e

comunque, sarebbe guidato da una percezione intuitiva, che consentirebbe di cogliere la forma di certi organismi viventi (gli «istituti») su uno sfondo costituito dalla coscienza sociale (il «*Volksgeist*»).

4.2. L'impostazione si modifica (è ovvio che procedo per «assaggi», senza alcuna pretesa di rigore sistematico) nella seconda metà dell'Ottocento, dove troviamo una scuola di pensiero (mi limito a ricordare GOLDSCHMIT e VIVANTE), che ritiene di poter conseguire l'obiettivo della coerenza e della completezza dell'ordinamento attraverso il rinvio alla «natura delle cose». Questo orientamento è stato accusato di voler reintrodurre nell'ordinamento una forma di giusnaturalismo. A mio sommessimo avviso, però, l'accusa è infondata, perché i grandi Maestri, testé ricordati, non solo avevano ben chiara la differenza tra una norma di diritto positivo e una proposta *de iure condendo*, ma, soprattutto, non si sono mai messi alla ricerca di principi astratti, ai quali improntare le scelte ermeneutiche. Il loro insegnamento mirava, al contrario, a valorizzare concrete esperienze di vita; si limitava a pretendere, da parte dell'interprete, una maggiore attenzione per le prassi degli affari, che fornivano informazioni preziose sullo scopo delle norme, sulla vera conformazione degli interessi in giuoco, sulle tecniche più idonee a perseguirli. Si trattava, cioè, di un'iniezione di sano realismo, di un richiamo ai fatti, che corrispondeva allo spirito del tempo (il positivismo filosofico e progressista), senza avere nulla a che vedere con il richiamo alla morale, alla giustizia, o all'equità. Sarebbe un errore confondere questa forma di «naturalismo giuridico» (presente anche in molti esponenti delle Scuole romanistiche dell'epoca) con il «giusnaturalismo», che è altra cosa.

Quale che sia, però, il giudizio da dare al riguardo, su un punto mi permetto d'insistere: il richiamo alla natura delle cose è un ottimo approccio per dare al processo induttivo la necessaria consistenza, e quindi a legittimarlo, sia pure *ab extra*. L'interprete – quando deve stabilire se certe norme rispondono alla medesima *ratio*, e se sono idonee a supportare un principio di più ampia portata – non viene lasciato in un vuoto pneumatico, ma scorge sullo sfondo un vasto panorama di rapporti sociali, con le loro articolazioni, che lo aiutano a decidere con maggiore cognizione di causa quali regole possono essere generalizzate, e quali debbano avere un raggio d'applicazione limitato.

4.3. Il discorso non è molto diverso, se dal richiamo alla natura delle cose si passa agli orientamenti di pensiero che sono sorti, o si sono consolidati, nei primi decenni del Novecento. Mi riferisco, innanzi tutto, alla «giurisprudenza degli interessi», alla «giurisprudenza dei valori» e alla «giurisprudenza sociologica». Anche in questo caso il giurista è chiamato a confrontarsi, non solo con le norme, ma anche con i fatti. Il fondamento d'ogni ragionamento teleologico sta nel cercare di prevedere quale potrebbero essere gli effetti di una determinata interpretazione della norma sui rapporti sociali, che si immaginano strutturati in un certo modo: non per nulla si suole dire che le conclusioni tratte con questo metodo sono «la conseguenza delle conseguenze», ovviamente solo ipotizzate. Per quanto concerne, poi, la filosofia dei valori (che ha fornito gli strumenti concettuali all'omonimo orientamento della giurisprudenza), non si può dimenticare che essa ha sempre enfatizzato la capacità dell'uomo di *colgiere con lo sguardo* (e cioè in maniera intuitiva) le connessioni tra le predette entità: i valori, pur essendo di natura spirituale, non sarebbero, per questo, meno reali.

Anche in questo caso, dunque, l'interprete viene assistito, nell'estrapolazione dei principi, da un quadro di riferimento, al quale accede (per approssimazioni successive) con metodologie di volta in volta diverse, utilizzando materiali eterogenei, ma capaci di guidare il processo induttivo. Le analogie e l'identità di *ratio* non vengono stabilite in astratto, attraverso la lettura dei soli testi normativi, bensì attraverso il confronto con uno specifico quadro di riferimento fattuale. Forse, non è eccessivo affermare che l'esigenza teorica, alla quale alludeva PEIRCE quando proponeva il metodo dell'abduzione, viene soddisfatta dalle correnti di pensiero prese in esame con vari espedienti, che non garantiscono la *razionalità* delle scelte (intesa come rigore logico), ma fanno ben sperare sulla loro *ragionevolezza*.

5. *Il diritto come esperienza comunicativa*

Il discorso potrebbe continuare con l'esame della giurisprudenza sociologica, del realismo giuridico, dell'approccio ermeneutico, dell'analisi economica del diritto, del neoinstituzionalismo, e via dicendo, ma non è questa la sede per passare in rassegna i predetti indirizzi teorici e i molti altri, che ho ommesso di menzionare. Tutto

sommato, non si andrebbe molto lontano dal vero, se si affermasse che il formalismo giuridico e interpretativo – sia quello di marca kelseniana, sia quello che si richiama all'analisi del linguaggio – non riscuote un particolare consenso tra i pratici, persino quando si dichiara di volerne adottare, in linea di principio, le premesse metodologiche.

Certo, ogni tanto nella discussione capita di rimproverare all'interlocutore di essersi macchiato di «essenzialismo», di essere caduto in una «fallacia naturalistica», di non aver tenuto conto del «rasoio» di HUME: in molti casi, però, si tratta di discorsi strumentali, che non vengono portati a alle loro logiche conseguenze. In genere, si ammette che non ha senso parlare della «verità» di un enunciato precettivo, e che quest'ultimo ha una direzione d'adattamento opposta rispetto a un enunciato descrittivo (nel senso che, nel primo, è il «mondo» esterno a doversi adattare al precetto, mentre, nel secondo, è la descrizione a doversi adattare al «mondo» reale: J.R. SEARLE). Detto questo, però, ben pochi si spingerebbero a sostenere che il diritto è composto solo da enunciati precettivi (le norme con il loro *dover essere*), mentre il fatto (l'*essere*) sarebbe irrilevante; e un numero ancora minore d'addetti ai lavori si spingerebbe a sostenere (nonostante gli insegnamenti di KELSEN e di RAZ) che le esigenze pratiche non possono essere prese in considerazione dal giurista in quanto tale, e cioè in quanto «puro» conoscitore del sistema normativo (per altro, è opportuno ricordare che KELSEN attribuiva all'Autorità, chiamata a applicare il diritto, un potere discrezionale: non illimitato – giacché doveva esplicarsi all'interno d'una cornice costituita dai possibili significati letterali della norma – ma per sua natura condizionato dalle esigenze pratiche, di cui stiamo parlando; con il che il normativismo entra in contraddizione con se stesso e apre la porta al più incontrollato fattualismo).

5.1. Su queste affermazioni non mi sembra necessario insistere, perché il consenso è diffuso, anche se non sempre esplicito. Tuttavia, l'occasione è buona per proporre un discorso di carattere più generale; o, meglio, per lanciare – a mo' di *slogan* – una battuta, che avrebbe bisogno di ben altro approfondimento e sviluppo. Mi riferisco al fatto che ci attardiamo a descrivere il diritto come un *insieme di norme*, e cioè come un complesso di frasi (le «*Rechtssatz*» kelse-

niane), mentre abbiamo sintomi evidenti per affermare che l'ordinamento non è costituito solo da parole (si pensi al diritto "muto" di SACCO), e che comunque le parole (come tutti gli strumenti linguistici) vengono utilizzate all'interno di un processo *comunicativo*, e cioè come elemento di un'esperienza complessa, nella quale, per specificare il significato dei segni, ci si avvale d'informazioni *extra-testuali*. Il rapporto tra chi emette il precetto e chi lo recepisce non è unidirezionale e binario (nel senso che un soggetto comanda e l'altro si limita a obbedire): è interattivo e ternario, giacché il messaggio fa parte di un flusso di comunicazioni (nuove leggi e decisioni dei giudici), che non può non tenere conto delle reazioni dei destinatari e, comunque, viene filtrato da un contesto (il *tertium quid*), che ne precisa il valore semantico.

5.2. In altri termini, mi sembra incontestabile che, per risolvere un problema giuridico, non bastano la *logica* e la *semantica*, ma occorre fare ricorso alla *pragmatica*, che analizza il fenomeno della comunicazione. Non basta leggere alcuni brani del codice (o di altri documenti precettivi), munendosi di una grammatica e di un buon vocabolario. Occorre fare ricorso a un'enciclopedia (U. ECO), ove tutte le nozioni vengono contestualizzate. Occorre ricostruire lo *scenario*, per il quale la norma era stata pensata, o nel quale deve essere applicata (e da qui la ben nota dialettica tra un'interpretazione storica, o soggettiva, e un'interpretazione sistematica, attualizzante). Solo così la comunicazione tra le parti può giungere a buon fine, fermo restando che spesso la ricostruzione del predetto *scenario* ha bisogno di confronti e di contrattazioni tra gli interlocutori, in modo da fissare alcuni punti fermi su cui ragionare, dopo aver ottenuto il necessario consenso sulle premesse.

6. Ancora su «*naturalismo giuridico*» e «*giusnaturalismo*»

Sostenere che il diritto non è solo un *insieme di norme*, ma – prima ancora – un'esperienza comunicativa, può sembrare un'affermazione troppo forte, per consegnarla a queste pagine senza adeguati svolgimenti. Sono il primo a riconoscerlo. Tuttavia, non saprei come fare altrimenti, perché, per un verso, è chiara la connessione tra la rilevanza da me attribuita al *contesto* e la premessa teorica, di cui sopra; mentre, per altro verso, non può essere questa la sede,

nella quale affrontare *funditus* un tema così delicato di teoria generale del diritto. Mi limiterò, pertanto, a un paio di battute, volte a prevenire alcune obiezioni, che già sento nell'aria.

La prima potrebbe essere questa: che lo scenario, di cui ho parlato, avrebbe molti punti di contatto con «natura delle cose» di vivantina memoria e, quindi, s'esponebbe agli stessi rilievi rivolti al fondatore del moderno Diritto commerciale italiano. Come si è detto, l'accusa di cripto-giusnaturalismo rivolta a VIVANTE è del tutto infondata. Debbo ammettere, però, che il rilievo è risalente, perché è stato formulato da un altro caposcuola della scienza commercialistica italiana, e cioè da A. ROCCO. In realtà, il contrasto di vedute tra i due illustri scrittori non può sorprendere più di tanto: VIVANTE (al pari del suo Maestro, L. GOLDSCHMIT) era il classico esponente di un pensiero cosmopolita, per il quale gli istituti del diritto commerciale dovevano essere in grado di varcare le frontiere e imporsi sul mercato internazionale; ROCCO, invece, è il rappresentante di una fase successiva dell'evoluzione (o involuzione) politica e economica del nostro Paese, nella quale le comunità tornarono a chiudersi in se stesse, per esaltare i vincoli d'appartenenza alla nazione, a un ceto sociale, o a una specifica organizzazione produttiva (l'impresa come istituzione). Il primo era ancora animato dagli ideali progressisti (e socialisti) di certa filosofia positivista di fine Ottocento; il secondo diventò uno degli esponenti di punta del regime fascista e della sua ideologia. Non può sorprendere, pertanto, che ROCCO individuasse nel richiamo alla natura delle cose un elemento estraneo alla propria formazione culturale e giuridica, al tipo d'ordinamento che – in veste di politico – avrebbe contribuito a costruire.

Se si mette da parte l'ideologia e ci si ferma all'approccio metodologico, si deve riconoscere, però, che il pensiero di VIVANTE non ha nulla a che vedere con il giusnaturalismo. Del resto, basta confrontarlo con le posizioni di RAWLS, di FINNIS e forse anche di DWORKIN – cito solo alcuni dei più autorevoli scrittori dei nostri giorni, che, in un modo o nell'altro, si rifanno al predetto movimento d'idee – per rendersi conto delle differenze. VIVANTE non aveva la pretesa di individuare principi di giustizia accettabili da tutta l'umanità; non si curava di chiarire i nessi tra la giustizia distributiva e quella commutativa o retributiva; non poneva i diritti fondamentali (o il modello ideale di una vita “che valga la pena di essere vissuta”)

al centro dell'attenzione. La sua opera è intrisa d'empirismo, e utilizza il metodo induttivo per estrarre regole semplici e uniformi da un insieme disordinato di casi, prassi e norme di settore. Le teorie per le quali V. è diventato giustamente famoso in tutta Europa (mi riferisco soprattutto alla concezione unitaria dei titoli di credito) vengono considerate, da Lui stesso, come vere e proprie «scoperte scientifiche», che nulla hanno a che vedere con gli ideali di una giustizia astratta.

Si badi: con questo non voglio sostenere che certe tendenze giusnaturalistiche dell'odierna filosofia del diritto non meritino la massima attenzione anche da parte dei pratici. In fondo, il dibattito sulla «natura della cosa» (al singolare, e dunque dotata di una maggiore carica ontologica) nella letteratura tedesca (ARTH. KAUFFMANN, H. COING, J. HUSSERL); la ripresa delle categorie tomistiche e aristoteliche della giustizia commutativa, distributiva e retributiva (VILLEY, FINNIS); le ricerche sui principi di giustizia e sui diritti dell'uomo, così diffuse negli ambienti giuridici statunitensi (v., da ultimo, M. NUSSBAUM), sono certamente da annoverare tra i contributi più profondi al pensiero giuridico dei nostri tempi.

Il punto è un altro. Non si tratta di contestare la rilevanza di certi orientamenti giusnaturalistici, che ciclicamente riemergono nel corso della storia. Qui si vuole solo riaffermare che la «natura delle cose», per come la concepiva VIVANTE, e il «naturalismo giuridico» di molti studiosi della Sua generazione, non hanno nulla a che vedere con il giusnaturalismo, nelle versioni che conosciamo, e neppure – per quanto qui interessa – con i «principi» proposti dal neo-costituzionalismo.

7. *Il ragionamento teleologico e gli «scenari» immaginati dall'interprete*

A prescindere, però, dall'esatta collocazione del pensiero di VIVANTE, mi preme segnalare che il concetto di «scenario» utilizzato nelle pagine precedenti coincide solo in parte con la «natura delle cose», alla quale faceva riferimento l'illustre Maestro. Il termine «scenario», infatti, evoca un che di artificiale, di costruito: può riferirsi a una rappresentazione teatrale, ove l'azione si svolge su un palcoscenico con uno sfondo e delle quinte; oppure, a un panorama, offerto direttamente dalla natura, ma dotato di una particolare sugge-

stione. Nell'un caso come nell'altro si ha a che fare con immagini dotate di una cospicua forza emotiva. Non conta l'esattezza dei contorni, che possono essere semplificati o sfumati: conta l'attitudine a suscitare emozioni; conta la capacità di coinvolgere lo spettatore, anche se i fatti rappresentati non sono veri (purché verosimili o, almeno, coinvolgenti), e anche se certi stati d'animo sono solo il frutto di un'illusione.

Mi permetto d'insistere su questo concetto, per contrastare una seconda obiezione, forse più insidiosa della prima. Mi riferisco alle posizioni di LUHMAN, il quale, com'è noto, osteggiava il ragionamento teleologico, sostenendo che esso è arbitrario, e che, invece di ridurre la complessità dell'ordinamento, renderebbe ogni scelta più difficile e complessa. L'illustre sociologo faceva osservare, infatti, che l'uomo non è in grado di prevedere come si svilupperanno le serie causali d'effetti, legate a un certo evento; non è in grado di prevedere le conseguenze prodotte dall'introduzione di una norma o da una nuova interpretazione della legge, perché tali conseguenze possono mutare per il concorso di infinite circostanze, che la mente umana non può neppure immaginare. Da qui, l'esigenza di una dogmatica, che restringa, attraverso il ricorso a schemi formali, il numero delle interpretazioni ritenute legittime, in modo da semplificare il compito di chi è chiamato a applicare il precetto: solo così si potrebbe incrementare l'efficienza del sistema.

7.1. Le esigenze di semplificazione, sottolineate da LUHMANN, sono indubbiamente reali, e quindi si può comprendere come mai la letteratura più recente (RAZ, IRTI) abbia rivalutato il formalismo interpretativo. Nel campo del diritto ci si deve accontentare di scelte subottimali (SCHAUER), perché, in caso contrario, una dissennata ricerca (non dico di giustizia, ma anche solo) d'equità a tutti i costi rischierebbe di compromettere un bene ancora più importante: la prevedibilità delle decisioni e la conseguente certezza dei rapporti giuridici.

Detto questo, però, non mi pare che il ragionamento teleologico si esponga alle critiche mosse da LUHMANN; e non mi pare, soprattutto, che questo strumento possa essere eliminato senza danni dalla cassetta degli attrezzi del giurista. Costui, infatti, quando mette a confronto le conseguenze prodotte da una serie di possibili letture di un testo, ha certamente bisogno d'immaginare un «mondo» ove a

certi stimoli (le varie parafrasi del precetto che portano a conseguenze diverse sul piano applicativo) corrispondono determinati effetti. L'interprete, tuttavia, nell'immaginare uno sfondo, non ha la pretesa di pervenire a verità assolute; non presume di conoscere le cose, per come stanno realmente, o d'individuare i nessi di causalità con il rigore delle cosiddette scienze «esatte» (la fisica, la chimica, le altre scienze naturali, ma forse anche l'economia e la sociologia). Il giurista si accontenta della verosimiglianza; si avvale d'immagini semplificate (come accade quando parla di monopolio, di oligopolio o di libera concorrenza; oppure, quando fa riferimento ai sistemi economici fondati sull'agricoltura, sul commercio, l'industria, il terziario avanzato, la finanza, e via dicendo); utilizza stereotipi collaudati dalla tradizione, ma lontani dalla complessità del reale (al riguardo, il pensiero corre al «tipo» di MAX WEBER, che però aveva una struttura e un campo d'applicazione diversi dal concetto, al quale ci stiamo riferendo). In altre parole, ci si affida a regole d'esperienza, che non hanno pretese di scientificità, ma vengono accettate perché sostenute da un adeguato consenso.

7.2. Per questo motivo preferisco parlare di «scenari», piuttosto che di «natura delle cose». È la forza semplificatrice dello schema; è il riferimento a *tipologie* di fatti e situazioni, a rendere possibile ogni ragionamento. Certo, nel campo del diritto il problema si complica: non si può fare riferimento alle esperienze vissute in prima persona dalle parti; non si possono prendere in considerazione le impressioni e le credenze individuali; l'interpretazione di una norma non può dipendere da uno stato d'animo. È necessario ricostruire un quadro il più possibile oggettivo dei rapporti, in modo da superare le prospettive dei singoli interlocutori. Per questo motivo lo scenario, di cui sopra si è detto, viene stabilizzato con il ricorso a una serie di tecniche collaudate: innanzi tutto, il ricorso a una tradizione interpretativa, illuminata dalla coscienza storica; in secondo luogo, l'utilizzazione di cospicui patrimoni conoscitivi, che sono il frutto di uno sforzo collettivo d'approfondimento e permettono un confronto intersoggettivo tra le diverse visioni del mondo; infine, una serie di tecniche (la logica formale, i linguaggi assiomatizzati, la dogmatica, la teoria dell'argomentazione, *etc.*), che consentono un controllo diffuso (da parte dei consociati) sui processi interpretativi e decisionali.

Proprio questo sforzo di oggettivizzazione consente di raggiungere una qualche certezza nella soluzione dei problemi. È ovvio, però, che ci troviamo pur sempre di fronte a equilibri provvisori, che contengono un margine non eliminabile di approssimazione. Solo così, del resto, si può sperare che l'apparato giudiziario funzioni, in modo da fornire alle varie aspettative di tutela delle risposte sensate e tempestive. L'interprete è consapevole d'offrire soluzioni grossolane, sub-ottimali, che non tengono conto di tutte le variabili del caso: ma è il prezzo da pagare, per non cadere nel circolo vizioso della ricerca della perfezione. Il giurista non pretende un completo adeguamento della regola a tutte le sfaccettature del fatto. Non aspira a modelli di razionalità assoluta: si accontenta di un certo grado di ragionevolezza.

8. *Il metodo della ponderazione*

Le considerazioni che precedono possono essere accettate senza troppi sforzi – o almeno così m'illudo – quando si fa ricorso al procedimento *induttivo*, per estrarre da un certo numero di decisioni giurisprudenziali, o da una serie di norme di dettaglio, dei principi di carattere generale. Come si è detto, infatti, l'induzione mostra la corda, se non è accompagnata da un'ipotesi teorica, o da uno scenario applicativo, che renda legittime (o almeno accettabili) certe generalizzazioni. Del resto, la dottrina classica – quella designata come «naturalismo giuridico» – non pretendeva di trarre le proprie conclusioni da un semplice insieme di norme, ma si curava di fornire una descrizione complessiva dell'istituto (considerato come un'unità organica di regole e fatti), prendendo le mosse da informazioni extra-testuali, di carattere storico, economico, sociologico, antropologico, e via dicendo.

8.1. Dobbiamo chiederci, adesso, se la situazione non sia destinata a mutare radicalmente, quando dai principi ricavati col metodo induttivo si passa ai principi enunciati da una legge, o da norme di rango superiore (contenute nella Costituzione o nelle varie Carte dei diritti dell'uomo); e, cioè, quando si ha a che fare con precetti espliciti, che sembrano chiedere solo una rigorosa applicazione da parte dell'interprete, magari con l'aiuto della tecnica sillogistica e del ragionamento *deduttivo*.

A prima vista, si potrebbe pensare che in questo secondo caso non si pongano i problemi esaminati nei paragrafi precedenti, perché vi è un testo bell'e pronto, che reclama obbedienza senza deroghe. Al riguardo, un'autorevole dottrina (LUZZATI) ha osservato, infatti, che i precetti espressi in termini generali non sono affatto vaghi, ma descrivono in maniera puntuale il comportamento dovuto, o il valore da perseguire. La loro applicabilità a una *serie aperta* di casi non implica delle zone d'ombra, nelle quali non si sa come decidere: i principi andrebbero rispettati, e basta.

La questione, però, non è così semplice. La difficoltà proviene dal rilievo che i principi sono privi di fattispecie. Tale caratteristica conferisce loro una forza espansiva potenzialmente illimitata, che sembra portarli a non fermarsi davanti a nulla, che non sia un altro principio, contrapposto ed equi-ordinato. Per superare l'ostacolo, si è suggerito – come già si è detto – il metodo della ponderazione: ma anche questo rimedio mostra subito la corda, per il semplicissimo motivo che non è possibile comparare valori eterogenei, o addirittura antinomici. Per altro, è illusorio sperare di poter individuare un *tertium comparationis* con cui «pesare» l'astratta rilevanza dei principi. Anche a voler riprendere l'idea di un «paniere dei valori», non riusciremmo a metterla in pratica, perché ogni individuo si presenterebbe con le proprie scale assiologiche, alle quali non sarebbe disposto a rinunciare: in pratica, non si saprebbe cosa mettere nel predetto contenitore.

8.2. Il discorso, pertanto, deve essere impostato su basi diverse. A mio sommo avviso, i rilievi che precedono dimostrano che il problema si pone in termini sostanzialmente identici, sia quando il principio dev'essere ricavato con il metodo induttivo da una serie di norme più specifiche, sia quando lo si trova esplicitato in un testo di legge, da applicare con l'aiuto di un procedimento deduttivo. In entrambi i casi, la difficoltà è la stessa, perché si tratta di stabilire la portata e l'ambito d'applicazione del precetto. Se si fa ricorso al metodo induttivo, occorre precisare quale, tra le diverse «*ratio*» di una norma di settore, possa essere generalizzata, in modo da ricavarne un principio di più ampia applicazione. Se si ha già il principio, dal quale prendere le mosse, occorre stabilire fin dove ci si può spingere nell'applicarlo. Nell'una come nell'altra ipotesi la questione si pone

in termini di ragionevolezza, e può essere risolta solo con l'aiuto di patrimoni conoscitivi che permettono di confrontare la singola norma con il contesto (o lo scenario) che le conferisce uno specifico significato.

Naturalmente, non mi sfugge la differenza (segnalata con molto acume e con molta dottrina da C. LUZZATI) tra i termini vaghi, i termini generici e i termini generali. Come si è detto, però, nel campo del diritto il problema non è di carattere semantico, bensì di carattere pragmatico, perché si tratta di stabilire quale significato assume il precetto dettato dal legislatore in un determinato contesto comunicativo. Proprio per questo, è del tutto irrilevante (ovviamente con i dovuti distinguo), se si ha a che fare con un'espressione del primo, del secondo, o del terzo tipo. Il problema è di delimitare un'area – all'interno del campo semantico di una parola o di una frase – in funzione degli obiettivi da perseguire. Per intendere lo scopo di chi scrive, o di chi parla (ma anche di chi semplicemente si comporta in una certa maniera), occorre ricostruire lo scenario applicativo.

8.3. Se quanto precede è vero, si deve ammettere che i principi (come aveva felicemente intuito CRISAFULLI) perdono molte delle loro apparenti specificità. Nell'ordinamento non vi sono norme, che debbano essere puramente e semplicemente applicate, e norme il cui contenuto viene lasciato alla discrezionalità di un interprete, anche se si tratta di una Corte d'alto rango: come non vi sono disposizioni perfettamente chiare, e disposizioni da interpretare (sul punto il consenso è ormai unanime), così non vi sono precetti da attuare con metodo assiomatico, e precetti da sottoporre a un'attenta ponderazione. Ovviamente, le questioni si pongono in termini diversi, a seconda della complessità della materia e della rilevanza degli interessi in gioco. In ogni caso, però, ci si trova di fronte all'esigenza di mettere in moto un procedimento ermeneutico, che serve a specificare il contenuto delle norme di settore, non meno di quanto serva a concretizzare i principi di diritto.

Al riguardo, una recente dottrina (LIPARI) ha osservato che si tratta di un'opera collettiva, alla quale partecipano non solo gli addetti ai lavori (i giudici, gli avvocati, i notai, i docenti di diritto *etc.*), ma anche i comuni cittadini, i quali con le loro valutazioni indirizzano l'opinione pubblica e contribuiscono a formare le scale di valori comunemente accettate. È evidente, però, che nel predetto sforzo di

concretizzazione delle norme i compiti sono diversi e le responsabilità gradate, perché – mentre il singolo cittadino esprime credenze e bisogni individuali, che devono essere messi a confronto con le credenze e i bisogni degli altri cittadini – il tecnico del diritto è chiamato a esprimere giudizi sulla base di bagagli conoscitivi di maggiori dimensioni, che consentano di passare dall'esame di singole fattispecie alla ricostruzione di un mondo di valori sempre più complesso e articolato. Proprio per questo, le procedure di controllo vengono affinate, in modo da pervenire a risultati condivisibili, anche se non aspirano a verità assolute. Nel frattempo, ci si accontenta di soluzioni provvisorie e parziali, che appaiono tanto più raccomandabili, quanto più sono rispettose del senso comune, e non fondate su assunti controversi.

BETTI aveva certamente ragione, quando segnalava che i principi mostrano un eccesso assiologico, che apre le porte a interpretazioni di carattere evolutivo. È opportuno precisare, tuttavia, che i principi – quando dall'empireo della morale si calano nel mondo del diritto – perdono gran parte della loro carica propulsiva, diventano più asciutti, più rozzi, perché devono fare i conti con le esigenze della pratica e con le scelte compiute dal legislatore. Indubbiamente, i principi agevolano (come rilevava BETTI) gli interventi razionalizzatori e sottopongono l'ordinamento a una tensione ideale, che consente di compiere significativi passi in avanti verso la tutela di certi valori. Su questa strada, però occorre procedere in maniera graduale, perché il sistema di non deve perdere quell'aderenza alla realtà, che costituisce il fattore principale del suo successo. Proprio per questa vocazione alla concretezza, i principi giuridici non si potranno mai rifare a istanze etiche, nel senso più alto della parola, ma si lasceranno influenzare, semmai, dai costumi e dalle ideologie del tempo.

9. *I principi: tra rango della fonte e gerarchia dei valori*

Come si è visto, l'aver ricondotto il diritto nel campo delle esperienze comunicative comporta una serie di conseguenze anche con riferimento ai principi. La comunicazione, infatti, enfatizza il ruolo dell'interprete, soprattutto quando si superano le dimensioni del colloquio individuale, per raggiungere quel livello di oggettivazione, che è necessario per governare un corpo sociale, più o meno esteso. Non

per nulla il termine «ermeneutica» contiene il riferimento a Ermes, il messaggero degli dei: ci vuole un Dio, o almeno un Semidio (DWORKIN proponeva la figura di Ercole), per intendere fino in fondo un'esperienza di vita o, addirittura, lo «spirito» di un popolo.

Sul piano metodologico non può sfuggire l'importanza di questi rilievi. Sarebbe un errore, tuttavia, ritenere che i concetti messi a punto nei precedenti paragrafi siano privi di ricadute sul versante applicativo. Sostenere che i principi – nonostante la loro maggiore ampiezza di contenuto – sono pur sempre delle norme, da inquadrare in uno specifico contesto, induce a modificare le tradizionali vedute in merito a una serie di problemi di grande rilevanza pratica.

9.1. Inizierei da una constatazione apparentemente banale. Affermare che il metodo della ponderazione non può fondarsi su un confronto diretto tra norme, o tra principi – perché non esiste un *tertium comparationis*, che consenta di valutare tramite il riferimento a un semplice indice numerico il loro diverso peso – non significa rinunciare a una comparazione tra valori e istanze di tutela.

In fondo, il termine «pensare» contiene già, nella sua radice etimologica, il riferimento al «soppesare» ragioni contrapposte. La «ponderazione», pertanto, lungi dal concernere la sola materia dei principi, deve essere estesa a tutte le norme: l'interpretazione e l'implementazione del precetto non son lussi, che possiamo permetterci solo in presenza di norma ambigue, vaghe, o di rinvio a regole sociali; sono attività che concernono tutti i precetti, per il solo fatto che dobbiamo immaginare uno scenario applicativo. Ciò che non si può fare è limitarsi al confronto tra valori, astrattamente presi, come se fossero avulsi dalla realtà. L'argomentazione giuridica chiede d'essere suffragata dal ricorso a patrimoni conoscitivi più ampi, che consentano d'immaginare gli effetti di una determinata scelta ermeneutica su uno specifico contesto socio-economico. Si tratta di capire, cioè, quali conseguenze possano essere accettate dalla comunità di riferimento (su ciò si basa l'argomento «per assurdo»), e fin dove ci si possa spingere nel generalizzare determinati criteri decisionali.

Il punto non è, quindi, «se» ponderare, bensì «come» ponderare. Ci si deve chiedere, cioè, se è possibile fermarsi al dato testuale, per elaborare delle scale di valori astratte, desunte per intero dal *dover essere* normativo (come pretendeva Kelsen); o non sia necessario confrontarsi con una realtà più ampia, in modo da fornire risposte

articolate a una pluralità di istanze, che solo a uno sguardo superficiale possono sembrare simili. Il quesito ha diviso la dottrina del secolo scorso, contrapponendo tendenze formaliste a tendenze sociologiche, istituzionaliste, realiste, *etc.* In questa sede, non è possibile nemmeno sfiorare un tema così delicato, ma è evidente a quale indirizzo teorico vadano le mie preferenze.

9.2. I rilievi che precedono si ripercuotono anche sui risultati che è possibile conseguire utilizzando il metodo della ponderazione. Secondo alcuni scrittori, infatti, quando ci si trova dinanzi a un conflitto tra principi, occorrerebbe scegliere quale valore far prevalere nel caso specifico, e quale considerare recessivo, in un gioco a somma zero, che non lascia spazio alla creatività dell'interprete.

Sul piano pratico, però, le cose vanno diversamente. In linea di massima, infatti, si cerca di conciliare i principi contrapposti attraverso uno sforzo dialettico, che non si pone nella prospettiva del «tutto o nulla», ma tende a limare il contenuto precettivo delle norme apparentemente antinomiche, per renderle compatibili (ALPA). Si perviene, così, alla formulazione di regole sostanzialmente nuove, che salvaguardano gli interessi più rilevanti, senza sacrificare troppo l'una o l'altra istanza di tutela. Per questa via si perviene a una progressiva articolazione del sistema, con indiscutibili vantaggi sul piano applicativo. È evidente, tuttavia, che un simile risultato non potrebbe essere conseguito, se il giurista dovesse fermarsi al tenore letterale della legge, senza spingere lo sguardo sulla materia da regolare: se non si calasse – come gli impone il codice svizzero – nei panni del legislatore.

In quest'arte del distinguere (per implementare il tessuto normativo) il mondo forense ha raggiunto vertici di raffinatezza ed efficienza: con stili diversi, a seconda dell'ambiente e della tradizione culturale, nel quale si è chiamati ad operare; ma con risultati di tale rilevanza pratica, da essersi imposti, ormai, anche all'attenzione degli studi comparatistici, che non si fermano più al semplice raffronto tra apparati normativi, ma cercano di capire come *veramente* funzionano le cose. Sarebbe un peccato, pertanto, dover rinunciare alla ricchezza prodotta dalle capacità creative dell'interprete, solo per ostentare una fedeltà al testo e una purezza di metodo, destinate a eclatanti smentite, non appena dalle parole (il diritto nei libri) si dovesse passare all'esame dei fatti.

9.3. Forse, però, il vero passo in avanti reso possibile da una revisione del metodo della ponderazione è costituito dal rilievo che la portata e l'ambito d'applicazione di un principio non vengono delimitati solo dalla compresenza di altri principi – in ipotesi equi-ordinati e contrapposti – ma possono dipendere dal contesto, che, modificandosi, fa assumere a certi criteri direttivi un significato diverso, o li costringe a restare inoperosi. La miglior riprova di questo stato di cose è offerta dal già ricordato Convegno linceo, ove i maggiori Maestri di diritto dell'epoca hanno dato una rappresentazione puntuale e articolata del ruolo dei principi nei vari settori dell'ordinamento. Nel complesso, però, il problema è stato sottovalutato, forse perché nella fase fondante degli studi giuridici (a partire dai movimenti di pensiero che hanno preparato la grandiosa opera delle codificazioni ottocentesche nelle varie arie culturali dell'Europa) si era imposta una diversa prospettiva. Fino alla prima metà del secolo scorso, infatti, il compito più urgente, da affidare al ceto dei giuristi, sembrava quello di facilitare il passaggio da ordinamenti ordinati su basi casistiche (a partire dalle Pandette e da un materiale normativo caotico e inerte) a un sistema nel quale la coerenza e la completezza del diritto dovevano essere garantiti dall'elaborazione di principi sempre più astratti e onnicomprensivi.

La situazione adesso è cambiata, perché siamo letteralmente sommersi da enunciazioni precettive di carattere generale, di vario rango, che rendono problematici i rapporti tra l'insieme dei principi e le discipline di settore. La questione non è di poco conto, giacché, se i predetti principi potessero essere limitati solo da norme espresse equiordinate, molti apparati normativi rischierebbero di essere travolti, in quanto improntati a valori diversi, fortemente radicati in determinati ambienti. Il quadro, invece, è destinato a mutare, se si rinuncia alla pretesa d'ottimizzare in tutte le possibili direzioni il giudizio assiologico sotteso a un principio, per assumere un atteggiamento più cauto ed elastico, che recepisce l'esigenza di tendere a obiettivi sempre più alti sul piano della civile convivenza e della tutela della persona, ma riconosce le peculiarità delle singole materie, in modo da impedire che le discipline di settore vengano sopraffatte. In altri termini, la prospettiva qui suggerita induce ad ammettere che un principio può trovare limiti inespresi, che non si legano all'esistenza di una disposizione di rango altrettanto elevato e di opposto contenuto, ma

dipendono dall'articolazione degli scenari, di cui sopra s'è detto, nonché dal diverso peso assunto dalle costellazioni dei valori nei vari contesti. Una realtà frazionata, come quella in cui viviamo, non tollera una disciplina uniforme, anche se improntata a regole che, in astratto, potrebbero sembrare più razionali e giuste.

9.4. Tutto ciò ha evidenti ripercussioni sulla struttura dell'ordinamento. Il ventesimo secolo è stato caratterizzato dallo sforzo di trovare nel rango delle fonti un elemento sul quale appoggiare la gerarchia dei valori. L'ordinamento piramidale delle norme, che culminava in una Costituzione rigida (a sua volta protetta da un supremo organo di garanzia), serviva a sostituire alle scale assiologiche fondate su controversi criteri di carattere materiale, una diversa gradazione basata su elementi di carattere formale: alla giustizia sostanziale si sostituiva una giustizia procedimentale, legittimata dall'adozione di particolari processi deliberativi e dal conseguimento di specifiche maggioranze.

L'esito dell'operazione, tuttavia, non era scontato, e si può dubitare che sia stato convincente. I valori, infatti, si mostrano refrattari a essere ordinati secondo criteri di pura forma. Per prosperare hanno bisogno di un ambiente adatto e, quando non vengono più sentiti dalla comunità di riferimento, finiscono coll'appassire. Il supporto materiale di una coscienza sociale, che li alimenti, è indispensabile per la loro fioritura. Del resto, anche di recente, uno studioso della sensibilità di IRTI ha dovuto ammettere che – quando si passa da una giurisprudenza fondata su dati meramente testuali, a una giurisprudenza fondata su principi e clausole generali – la gerarchia delle fonti perde gran parte della sua rilevanza, giacché il diverso rango delle norme messe a confronto non può decidere in merito alla prevalenza dell'una sull'altra: se la forza di un precetto si esaurisce per motivi endogeni, non ha senso chiamarlo ad un confronto, che lo vedrebbe irrimediabilmente soccombere. In altri termini, se si parte dall'idea – cara alla giurisprudenza assiologica – che il diritto si modella sulla diversa intensità e dignità delle istanze di tutela, diventa inevitabile che la gerarchia delle fonti venga sostituita dalla gerarchia dei valori da attuare. Se un settore dell'ordinamento è meno sensibile a certe sollecitazioni, finirà coll'assestarsi su modelli, che magari prestano un formale ossequio ai precetti di rango superiore, ma poi li svuotano dall'interno, in sede applicativa.

10. *Un primo bilancio*

È tempo, ormai, di tirare le fila del discorso, almeno per questa prima parte, ove si è tentato di offrire un'impostazione generale del problema. I risultati conseguiti non sono molto distanti dalle posizioni della dottrina dominante. In fondo, il monito di BOBBIO, SANTORO PASSARELLI, GUASTINI e tanti altri, di tenere conto della varietà di significati, che il termine «principio» può assumere nei diversi contesti; l'invito, formulato da P. RESCIGNO, ad essere prudenti, quando si formulano o si applicano delle massime, volte a esprimere valori universali; lo scrupolo con il quale SACCO ha segnalato le differenze di ruolo e di grado di generalizzazione dei principi, a seconda dell'ambiente culturale al quale ci si riferisce; la passione con la quale si è richiamata l'attenzione sul graduale emergere di principi di diritto comunitario, o transnazionale, accanto ai principi espressi dal diritto interno, e così via dicendo, sono tutti indici della rilevanza degli scenari, di cui si è detto, nonché dell'esigenza di controllare la forza espansiva di queste norme prive di fattispecie, per non farle debordare oltre il limite della convenienza.

Forse, però, ai nostri fini è ancora più importante la relazione introduttiva di FALZEA al convegno dei Lincei ricordato in premessa, ove si richiamava l'attenzione sull'esistenza di un valore fondamentale, espresso dalla società (un *Grundwert*, volto alla conservazione di un certo modello di vita associata), che impone all'interprete di trovare la regola del caso, anche quando l'ordinamento non contiene una norma espressa al riguardo. A ben guardare, infatti, tale esigenza (che trova puntuale riscontro nell'art. 12 delle preleggi) dimostra come la giuridicità del problema (la cui soluzione risulta necessaria per assicurare l'umana convivenza) sia qualcosa che precede l'esistenza della norma, giacché impone al giurista d'attivarsi, anche quando il sistema non fornisce ancora una regola appropriata. Questa constatazione è la migliore riprova che il diritto, anche se si esprime in norme, nasce dal fatto; e il fatto, com'è in grado di postulare un intervento nomo-poietico, così può benissimo imporre un limite all'ambito d'applicazione dei precetti, compresi quelli di portata tendenzialmente universale.

A prescindere, tuttavia, da questi rilievi preliminari, l'aver messo in evidenza il carattere comunicativo dell'esperienza giuridica, e l'aver valorizzato, di conseguenza, il contesto nel quale la comuni-

cazione si svolge, ha una serie di conseguenze, che influenzano non poco la sistemazione del diritto commerciale: *a*) innanzi tutto, la prospettiva, di cui sopra, induce a rivalutare il policentrismo normativo e la conseguente autonomia dei singoli settori disciplinari (un tema coltivato dalla tradizione del pensiero liberale, e non a caso prediletto da IRTI); *b*) in secondo luogo, essa fornisce ulteriori elementi per spiegare i processi d'implementazione del sistema attraverso l'interpretazione estensiva e l'applicazione analogica delle norme; *c*) infine, consente d'affrontare da un nuovo angolo visuale un problema, che ancora oggi non ha trovato adeguata soluzione, e cioè quali siano i rapporti tra principi e clausole generali, soprattutto quando si tratta di trovare nelle seconde un limite per contenere la forza espansiva dei primi. A questi temi sono dedicate le pagine seguenti, che ovviamente privilegiano la prospettiva del diritto commerciale.

L'ESPERIENZA COMMERCIALISTICA

11. *L'autonomia del diritto commerciale*

Il problema dell'autonomia del diritto commerciale si è posto con forza a seguito della riunificazione dei codici e della conseguente rinuncia a racchiudere in un separato testo normativo la disciplina delle imprese, delle società, e dei rapporti commerciali. Com'è noto, la dottrina commercialistica, in un primo tempo, reagì con forza a quella, che le sembrava una *capitis deminutio*, e arrivò a chiedere l'abrogazione d'alcune norme di vertice del quinto libro del nuovo codice civile. Col passare del tempo, però, le tensioni si stemperarono e si convenne che il diritto commerciale, pur avendo perduto la propria autonomia sul piano delle fonti, la conservava intatta sul piano scientifico.

A distanza di anni viene da chiedersi, tuttavia, che cosa significhi questa autonomia scientifica (a parte i suoi riflessi sui concorsi a cattedra nelle Università, che sono chiari, ma interessano un numero assai limitato di soggetti), perché si tratta di capire se ci si riferisce solo a una più solida preparazione economica dei docenti, o non s'alluda a qualcosa di diverso. Se si scegliesse il primo corno del dilemma, si dovrebbe ammettere, infatti, che anche questa differenza è caduta, perché una preparazione economica sempre più appropfon-

dita è ormai indispensabile per affrontare tutti i problemi del diritto privato patrimoniale (e non solo), come mostra l'interesse con cui è seguita l'analisi economica del diritto, anche con riferimento alla tutela della persona, dei suoi diritti, della famiglia, del matrimonio, e via seguitando.

11.1. Il tema merita, dunque, un riesame. Prima d'accingermi a questo compito, mi sembra di un qualche interesse ricordare come A. ROCCO, nei suoi *Principii di diritto commerciale* (1928), abbia affermato (occorre riconoscerlo: con notevole spirito premonitore) che l'autonomia di questa branca del diritto non sarebbe venuta meno, neppure se fosse stato abrogato il codice di commercio, con la sua tradizionale impostazione per quanto concerne il rango delle fonti (che vedeva prevalere la consuetudine commerciale sulle disposizioni del diritto civile).

La presa di posizione dell'illustre Maestro dà indubbiamente da pensare: perché mai l'esistenza di un codice separato dovrebbe influire sull'autonomia di una materia? Che differenza può fare il fatto che un insieme di norme venga racchiuso in un unico volume, anziché restare sparso in una pluralità di documenti normativi? Le disposizioni di legge possono vedere modificati i propri effetti, qualora, anziché essere riunite in un solo testo, vengano collocate in altre sedi? Il declassamento di una fonte normativa, per altro subordinata (nel caso di specie: la consuetudine commerciale), può modificare a tal punto i connotati di un determinato settore dell'ordinamento, da eliminare ogni differenza con gli altri comparti del diritto? Al postutto, in che cosa consistono i confini, che dovrebbero delimitare una determinata materia?

11.2. Mi sembra evidente che queste domande sono destinate a ricevere risposte diverse, a seconda degli assunti metodologici, dai quali si prendono le mosse.

A) In una concezione imperativistica del diritto il fatto d'aver racchiuso in un codice un insieme di norme può portare a considerare le disposizioni, contenute in quel documento, come il frutto di un unico atto di volontà, e, quindi, come un insieme di espressioni linguistiche che fanno sistema e che dovrebbero essere interpretate secondo i canoni metodologici volti a scoprire il significato *originario* del testo o, come si diceva un tempo, *l'intenzione dell'autore*. Si ag-

giunga che molti codici (ma non tutti) sono accompagnati da un'aura, che ne rafforza la capacità suggestiva, conferendo loro un ruolo, che non si limita a disciplinare in maniera più o meno completa una materia (come accade per i «testi unici»), ma si spinge a attribuire ai predetti testi una valenza vagamente *costituzionale*, in quanto conterrebbero lo *statuto* del cittadino e dell'impresa, i *principi* del giusto processo e del contraddittorio, gli archetipi delle condotte penalmente rilevanti, e via dicendo.

B) Le conclusioni cambiano, se si adotta l'angolo visuale del normativismo puro, à la KELSEN. In questa seconda prospettiva si prescinde dalla volontà (in senso psicologico) di chi ha emesso il precetto, per scendere a esaminare le singole disposizioni nella loro portata lessicale: con l'avvertenza che – una volta individuata la cornice dei significati compatibili con il tenore letterale del testo – il compito di specificare ulteriormente il suo contenuto precettivo dovrebbe essere demandato all'organo, dotato di poteri autoritativi, chiamato ad applicarlo. In questa concezione non vi è spazio per riconoscere un'autonomia ai singoli settori dell'ordinamento, ma tutto si riduce a una serie di enunciati deontici, che non trovano, nella loro applicazione, né supporti né barriere nel contesto esterno, che viene concepito come uno sfondo opaco e indistinto.

C) I risultati sono ancora diversi se si adotta un punto di vista *lato sensu* istituzionalistico, per il quale l'ordinamento non è composto solo da norme, ma anche da uno spontaneo convergere di condotte (HUME, SEARLE, MACCORMICK, e poi, ovviamente, con diversità di accenti, SANTI ROMANO, HAORIOU, *etc.*), che genera dei punti di riferimento imprescindibili nell'applicazione del diritto. Le norme vengono tenute insieme, sul piano interpretativo, non già da strutture formali (l'ordine sistematico di un codice), bensì da un complesso di rapporti sociali strettamente correlati, che impone uno specifico punto di vista, quando si va a delimitare l'area semantica di una serie di precetti. L'eventuale presenza di comunità intermedie viene, in tal modo, valorizzata, con un cospicuo arricchimento del quadro istituzionale.

11.3. Come si vede, il problema dell'autonomia dei singoli settori dell'ordinamento non si pone a livello normativo: si pone a livello ermeneutico, e non può essere risolto sulla base d'elementi solo formali. Non si tratta d'utilizzare interpreti dotati di specifiche com-

petenze (economiche, o d'altro tipo), anche se le competenze, ovviamente, incidono: si tratta di risalire a degli archetipi concettuali, che contribuiscono a formare una specifica precomprensione dei problemi. L'autonomia scientifica non è qualcosa che delimita dall'esterno la materia, ma si radica in un complesso d'assiomi, di conoscenze e dogmi generalmente accettati, che condizionano dall'interno il lavoro dell'interprete. I principi – anche quelli del diritto commerciale – non possono sfuggire alla logica di settore.

La questione si è posta, con interventi particolarmente autorevoli e vivaci, soprattutto nell'ultimo quarto del secolo appena trascorso, ove si è esaltata l'esigenza d'assegnare una specifica collocazione, nell'ordine delle fonti, alla *lex mercatoria* (cfr., con varietà di accenti, GALGANO e LIBERTINI), di «ri-commercializzare» il diritto commerciale (PORTALE), di promuovere una nuovo approccio ai problemi (FERRO-LUZZI), che implicherebbe, addirittura, un mutamento di paradigma (ANGELICI) rispetto alle impostazioni tradizionali.

Non è questa la sede per affrontare temi così delicati. È evidente, tuttavia, che la valorizzazione del contesto applicativo costituisce la premessa logica per avviare una approfondita revisione dei dogmi e, soprattutto, per legittimare un distacco dei principi del diritto commerciale dagli omologhi principi del diritto civile. Ciò non toglie nulla alla capacità del singolo giurista di suggerire modelli alternativi di ricerca, o una diversa sistemazione degli istituti vigenti; e non toglie nulla, ovviamente, alle potenzialità dei nuovi paradigmi, i quali, dopo la loro messa a punto, possono essere utilizzati anche in altri contesti problematici e ottenere, così, dei riconoscimenti generalizzati (come puntualmente accade nelle scienze esatte). Lo stimolo a muoversi in una determinata direzione nasce, tuttavia, da un problema concreto. Nel campo giuridico, si lega all'emergere di nuovi scenari, che impongono all'interprete d'adeguare le proprie griglie concettuali alle sfide poste dalla continua evoluzione dei rapporti socio-economici.

12. *I principi del diritto commerciale e il governo di attività complesse*

A questo punto, mi correrebbe l'obbligo di precisare, magari con qualche esempio, a quali specifiche esigenze rispondono i principi del diritto commerciale, e per quale motivo tornano ciclicamente

a differenziarsi da quelli del diritto civile. Com'è facile intuire, si tratta di un compito irrealizzabile in questa sede, perché enunciare i principi di un settore del diritto significa mettere in ordine l'intero materiale normativo di sua pertinenza: i principi, infatti, lo pervadono tutto e sono coestensivi alla materia regolata. Occorrerebbe, pertanto, scrivere un trattato, o almeno un manuale.

Prima di passare ad altro, mi sembra opportuno, tuttavia, cercare di rispondere a due interrogativi: *a)* in primo luogo, in che cosa davvero divergono gli attuali principi del diritto commerciale, da quelli del diritto civile; *b)* in secondo luogo, in che modo questa eventuale divergenza incide sul diverso problema dell'autonomia del diritto commerciale.

12.1. Sul piano di una mera descrizione dei fatti, alla prima domanda mi sembrerebbe di poter rispondere come segue: il diritto commerciale, non solo si occupa dei problemi posti dai rapporti economici privati, ma lo fa in una prospettiva diversa da quella propria del diritto civile, perché cerca di coglierli nella loro complessità e nel loro dinamico sviluppo.

Proprio per questo motivo, lo sguardo si sposta, dal singolo *atto* o *fatto*, all'*attività*, nella quale i predetti atti e fatti s'inseriscono, con la conseguenza di valorizzare alcuni nessi funzionali, che potrebbero sfuggire a una visione parziale e segmentata del problema. Da qui, una serie di conseguenze applicative. Questa più ampia prospettiva, infatti, talvolta impone di dare la prevalenza a certi interessi collettivi, rispetto ai contrapposti interessi individuali; talaltra, fa emergere la vera funzione di un'operazione, che resterebbe nell'ombra, se ci si fermasse a un esame atomistico dei singoli spezzoni che la compongono; in qualche caso, dà accesso a valutazioni di carattere prognostico, che potrebbero sembrare fuori luogo in altri ambienti; in altri casi, consente di dare rilievo a certe sequenze di atti, che vengono assoggettate a una qualificazione unitaria, anche se non sono sorrette da un espresso programma negoziale; in altre ipotesi, permette di distinguere un piano, sul quale acquistano rilievo le legittimazioni e i poteri, da un altro piano, nel quale si sviluppano i diritti soggettivi e i rapporti sostanziali, e via continuando.

12.2. Come si vede, si tratta di differenze di grande rilevanza sistematica, che mi permetto di illustrare con qualche telegrafico

esempio: *i*) un'attività d'impresa può essere gestita in comune, anche se non vi è un valido accordo programmatico tra i soci sugli obiettivi da perseguire, e su come raggiungerli (mi riferisco, ovviamente, alle società di fatto); *ii*) la deliberazione di un organo sociale può essere utilizzata per governare la vita di un ente associativo, anche se è invalida, giacché si fa prevalere l'esigenza collettiva alla certezza delle regole, sull'interesse individuale al rispetto di un certo *iter* procedimentale (tutto ciò porta a un vero e proprio sovvertimento delle categorie civilistiche delle invalidità negoziali, che vengono surrogate, in alcuni casi, dal ricorso a tecniche alternative di tutela, volte a ristorare i danni subiti dal socio ingiustamente sacrificato); *iii*) una dichiarazione di apparente natura negoziale (in quanto diretta a costituire un nuovo rapporto obbligatorio) può essere assoggettata – sul piano de procedimento formativo – a una disciplina completamente diversa da quella del contratto, per il solo fatto di creare un bene destinato a circolare su un settore del mercato particolarmente dinamico (da qui la disciplina dei vizi della volontà nella dichiarazione cartolare); *iv*) l'esercizio di un potere materiale su una cosa (espressamente qualificato dalla legge come *possesso*) può acquistare eccezionalmente rilievo, anche se non è accompagnato dall'*animus possidendi*, perché viene considerato come un indice di legittimazione appropriato ai fini della circolazione di certi beni (restiamo ancora in materia di titoli di credito); *v*) un atto, che produce un effetto estintivo, può essere assoggettato a un regime revocatorio diverso da quello riservato ai pagamenti, perché lo si considera come un elemento che fa parte di una più ampia attività solutoria, nella quale l'intermediario si limita a eseguire un ordine a favore del vero destinatario della prestazione (è questo il senso della problematica attinente alla revocatoria delle rimesse su conti correnti bancari e ai pagamenti di terzo); *vi*) il risarcimento del danno dovuto dalla controllante alla controllata nei gruppi di società deve tenere conto degli eventuali vantaggi compensativi, proprio perché occorre valutare gli effetti dell'attività di direzione e coordinamento nel suo complesso, e non le conseguenze legate alla singola operazione; *vii*) lo stato d'insolvenza è qualcosa di radicalmente diverso dall'inadempimento (o dalla «cessazione dei pagamenti» prevista dal codice di commercio del 1882), perché non è costituito da un singolo evento (o da una serie di eventi sinchronicamente considerati), ma consiste in un'irregolarità dei flussi solutori, che fa temere un loro definitivo arresto in un

prossimo futuro (per questo l'insolvenza, che funge da presupposto per l'apertura del fallimento, può essere valutata solo attraverso un giudizio prognostico).

12.3. La lista degli esempi (che coinvolge un po' tutti i settori del diritto commerciale) potrebbe facilmente allungarsi, quasi *ad libitum*. Per quanto qui interessa, tuttavia, quella fornita sopra è più che sufficiente a mostrare come, se si allarga lo sguardo dall'atto all'attività, lo scenario cambia, e cambia il tipo di tutela da apprestare agli interessati.

In ciò non vi è nulla di nuovo; ma così si spiega come mai certe regole – dettate a fini generali dal terzo e dal quarto libro del codice civile – debbano fermarsi sulla soglia del quinto libro, dal quale si desume la maggior parte della disciplina del diritto commerciale. Dobbiamo chiederci, tuttavia, se questa sola circostanza, e la conseguente differenza di metodo nell'affrontare la materia, siano in grado di giustificare l'autonomia scientifica di questa branca del diritto.

Sul punto sarei prudente. Innanzi tutto, perché la rilevanza attribuita alle attività (o a fattispecie altrettanto complesse) non è una caratteristica esclusiva del diritto commerciale, ma connota un po' tutte le esperienze giuridiche moderne, dal diritto penale a quello processuale, dal diritto dei contratti a quello tributario, e via dicendo. In secondo luogo, perché il metodo è un elemento troppo soggettivo (e troppo esposto alle mode), per essere preso in considerazione ai fini di una distinzione di settori. Per molti decenni, i canoni di una «buona» interpretazione sono stati dettati dai cultori del diritto romano, che avevano la maggiore esperienza nel mettere a confronto realtà diverse. Di recente, le competenze metodologiche ed epistemologiche (sollecitate dalla comparazione giuridica) si sono estese, e certo i commercialisti, in questo nuovo clima, hanno fatto la loro parte. A ben guardare, però, persino la scoperta di un nuovo modo di guardare le cose (quello che KUHN chiamava un nuovo «paradigma») è destinata a propagarsi ad altri settori delle conoscenze, e quindi, nel nostro caso, ai più diversi campi del diritto. Non è il metodo a tracciare i confini della materia.

12.4. I rilievi che precedono m'inducono a precisare quanto ho detto sopra, con riferimento al fatto che l'autonomia scientifica di un settore del diritto, non può essere colta sul piano normativo, ma va

cercata sul piano ermeneutico. Con questa affermazione intendevo mettere in luce che, fino a quando ci si ferma all'esame dei dati testuali, non è possibile cogliere le differenze tra settore e settore dell'ordinamento: non vi sono (o, almeno, non vi sono più, dopo l'unificazione dei codici) norme targate come «commerciali» e norme di diritto «civile»; le leggi, ormai, sono solo leggi, e non importa in quale contenitore sono state sistemate.

La situazione cambia, quando ci si accinge a interpretarle, perché allora si ha bisogno di ricostruire gli scenari di riferimento, e quelli proposti dal diritto commerciale sono diversi da quelli del diritto civile. Per intendere le norme in tema d'impresa, società, titoli di credito, fallimento, non basta leggerle, ma è necessario rappresentarsi le realtà, alle quali si riferiscono; è necessario conoscere le tradizioni interpretative, che si sono formate in queste materie, e il loro fondamento; occorre soppesare gli interessi contrapposti e saper prevedere i possibili effetti delle soluzioni di volta in volta suggerite. In buona sostanza, è indispensabile un cumulo di conoscenze della più varia natura, che costituiscono i ferri del mestiere di chi si occupa di un certo tipo di problemi.

Come si è detto, le predette conoscenze non servono a individuare un metodo, nel senso proprio della parola (basta tornare a leggere GADAMER, per intenderne fino in fondo le ragioni). Costituiscono, piuttosto, un patrimonio d'idee e di correlazioni logiche, che nasce a livello individuale, per convertirsi in un patrimonio collettivo, in una cultura comune a certe comunità d'esperti. È questo l'elemento indispensabile, per avviare quei processi ermeneutici (individuali e collettivi), che consentono una maggiore articolazione dell'ordinamento. Per implementare le discipline di settore, abbiamo bisogno, infatti, di uno scenario, sul quale collocare le proposte interpretative, in modo da accertare se sono coerenti e ragionevoli. Si tratta di una vicenda che si ripete all'introduzione di ogni nuova disposizione di legge: all'inizio i commenti si fermano alla superficie, e spesso riproducono il vecchio ordine di concetti; approfondendo l'indagine, talvolta si prova un senso di smarrimento, ma poi s'intravedono prospettive e limiti, che non si erano colti a un primo sguardo; pian piano si modifica lo sfondo, con la conseguenza (così finemente messa in luce dalla filosofia ermeneutica) che il nuovo scenario e la norma s'influenzano reciprocamente.

13. *Policentrismo normativo, analogia, interpretazione estensiva*

Il fatto che l'autonomia dei vari settori dell'ordinamento sia legata allo sfondo, sul quale occorre sistemare le norme, per intenderne in maniera corretta la portata e l'ambito di applicazione, fornisce un valido argomento alle tesi che enfatizzano in policentrismo normativo. Questa prospettiva di ricerca è stata aperta, in Italia, dagli studi di NATALINO IRTI, e non poteva essere altrimenti, data la sua sensibilità ai problemi di carattere ermeneutico. Tuttavia, il rilievo dato in queste pagine al contesto in qualche modo consolida questa visione delle cose, perché i confini del «sistema» non vengono più segnati dal contenitore nel quale i precetti vengono raccolti (la Costituzione, un trattato internazionale, un codice, un testo unico, una novella isolata, un regolamento, *etc.*), ma dalla varia tipologia degli interessi sottostanti. Il codice perde una parte della sua «aura» (non per nulla IRTI ha parlato di «decodificazione»), ma il sacrificio è necessario per adattare la norma al fatto.

Tutto ciò influisce, non solo sull'enucleazione (tramite il già ricordato processo induttivo) di principi *inespressi*; ma anche sulla possibilità d'estendere (attraverso il processo deduttivo) i principi *espresi* a settori dell'esperienza giuridica diversi da quelli, per i quali erano stati originariamente concepiti. L'autonomia della materia facilita la selezione dei dati rilevanti per cogliere la *ratio* della norma e consentirne un'applicazione estensiva o analogica; al contempo, però, fissa un limite (poroso o invalicabile), oltre il quale i principi derivanti da altri comparti non possono penetrare. L'ordinamento assume l'aspetto di un insieme di vasi comunicanti, attraversato da un canale principale, dal quale si diramano una serie di canali secondari e di anse: alcuni valori fondamentali lo permeano tutto, ma perdono la loro forza man mano che s'avvicinano alle periferie del sistema, ove prevalgono gli interessi particolari.

13.1. Il tema è stato arato a fondo (non solo dai giuristi, ma anche dagli storici, dai filosofi e dai teorici generali del diritto), quando si è trattato di esaminare i rapporti tra l'interpretazione estensiva e l'applicazione analogica delle norme. Qui non è il caso di ritornare su un argomento così spinoso. Mi limito a osservare, invece, che i pratici spesso si sottraggono al dilemma attraverso degli espedienti, che offuscano la differenza tra le due predette tecniche applicative,

mentre esaltano l'autonomia dei singoli istituti, o d'interi settori dell'esperienza giuridica.

Per spiegare a cosa intendo alludere, mi permetto di trarre lo spunto da un problema in materia di contratti bancari. Un osservatore esterno resterebbe meravigliato dal fatto che nel nostro ordinamento la disciplina di questi rapporti (mi riferisco a quella privatistica) è molto esigua, e che le poche norme dedicate all'argomento dal codice civile regolano tipologie di contratti ormai obsolete, o che si presentano, nella pratica degli affari, in forme diverse da quelle espressamente regolate. Per rendersene conto, basta pensare che il codice dà un particolare rilievo allo sconto di crediti e cambiali, mentre la pratica conosce quasi soltanto lo sconto di ricevute e fatture: un'operazione molto diversa dalla prima, non solo sul piano giuridico (manca l'effetto traslativo della pretesa), ma anche dal punto di vista economico (il finanziamento non ha alcuna garanzia di carattere reale).

Di fronte ad una così vistosa sfasatura tra norme e prassi, viene da chiedersi come mai, in Italia, non si sia sentito il bisogno d'aggiornare questa importantissima materia, rivedendo a fondo il capo del codice, che la regola. La risposta è semplice: la dottrina (SIMONNETTO, FRAGALI, *etc.*), seguita dalla giurisprudenza, ha elaborato la categoria dogmatica dei *contratti di credito*, traendone i principi regolatori, in primo luogo, dalle norme sul mutuo, ma poi anche da quelle sulla delegazione, sul mandato, sulle obbligazioni pecuniarie, e via dicendo. Com'è facile intendere, si è trattato di un intervento esteso e incisivo. È opportuno sottolineare, tuttavia, che sul piano tecnico non ci si è chiesto se le norme di volta in volta richiamate venivano applicate in via analogica, o estensiva. Si è operato in maniera diversa, perché si è dato per scontato che le disposizioni in tema di mutuo (e le altre di cui sopra) non si riferissero a una specifica tipologia di contratti, ma regolassero un determinato profilo dei rapporti finanziari (il trasferimento della proprietà delle somme date in prestito, l'obbligo di corrispondere gli interessi, la disciplina degli interessi usurari, la scadenza dell'obbligo di restituzione, l'influenza di un adempimento parziale sulla sorte del rapporto, *etc.*), a prescindere dal *nomen iuris* del contratto stipulato dalle parti. In altri termini, invece di dire che una norma in tema di mutuo si applica anche all'apertura di credito, si è detto che la disciplina degli interessi usurari, o

dell'obbligazione restitutoria, è contenuta in questa o in quella disposizione, senza tener conto della *sedes materiae*. In definitiva, s'è dato accesso – di fatto – a un'interpretazione estensiva, ma, invece di dirlo apertamente, s'è preferito disarticolare la disciplina di un certo tipo di rapporto (quello che ha a oggetto una prestazione creditizia) nelle sue varie componenti, per poi intendere i precetti che regolano tali componenti come disposizioni di principio. Ripeto: non ci si chiede se la norma sugli interessi usurari, dettata per il mutuo (art. 1815 c.c.), possa essere estesa ad altri tipi di contratti; ma si parte dal presupposto che essa regoli, in generale, il fenomeno dell'usura.

13.2. Tutto ciò porta a ritenere che i principi endogeni giochino, nel diritto privato, un ruolo molto più rilevante di quanto, di solito, non si sia portati a credere. È ovvio, tuttavia, che, a questo punto, si pone un problema di limiti alla loro applicazione: più una norma è pervasiva, più si accrescono le possibilità di conflitti con altre disposizioni.

A mio avviso, finché si resta nel settore dei contratti (tipici o atipici) la difficoltà può essere superata solo con un'attenta osservazione della struttura economica dei mercati e delle loro caratteristiche: è il settore di mercato a porre un limite all'applicazione di certe norme (e anche su questo punto il contributo di IRTI è fondamentale, anche se, in una prospettiva neo-istituzionalistica, il mercato non è costituito solo da norme, ma da rapporti ordinati secondo criteri che tengono conto delle loro caratteristiche economiche). Se le imprese non sono in grado di far fronte a certi rischi; se l'operazione si svolge in condizioni tali da impedire la valutazione di certe caratteristiche del prodotto; se il potere di disporre viene esercitato da un soggetto (o centro d'imputazione di poteri e di effetti) destinato a scomparire dalla scena non appena la vicenda traslativa si sia conclusa (si pensi ai trasferimenti coattivi, proprio per questo regolati in maniera diversa dalle vendite volontarie), non si può non tenersi conto in sede di disciplina del rapporto.

Naturalmente, sono consapevole d'aver suggerito un tema di riflessione, che avrebbe bisogno di cospicui approfondimenti per trarne dei criteri operativi. In questa sede, però, m'interessava sottolineare come l'individuazione di una *ratio*, non serve solo a espandere l'ambito d'applicazione di un precetto, attraverso il procedi-

mento analogico o la formulazione di un principio; serve anche a fissarne i limiti applicativi. È per questo che i settori di mercato in molti casi costituiscono il confine invalicabile, nell'estendere la portata di una norma. È per questo che molte tipologie di contratti si chiudono al richiamo di principi esogeni. Ed è per questo che la dottrina tradizionale (ASQUINI), davanti a un contrasto misto, suggeriva d'individuare la prestazione prevalente e di applicare (in base alla cosiddetta teoria dell'assorbimento) la disciplina dettata per la corrispondente tipologia di contratti, invece di fare ricorso all'analogia, con il risultato di far assumere alla regolamentazione del rapporto le sembianze di un mosaico, le cui tessere sarebbero costituite da materiale precettivo di varia provenienza. La forza attrattiva del *tipo* si spiega, se si considera che la disciplina di un istituto (la vendita di cose mobili, l'appalto, il trasporto, la delegazione, *etc.*) risponde alle esigenze di un settore di mercato, e non tollera l'introduzione di principi formulati in altri ambienti.

13.3. Il riferimento al «tipo» impone di spendere qualche parola – ancora una volta in maniera telegrafica – sul metodo che da esso prende nome: quello, appunto, «tipologico». Com'è noto, si tratta di un indirizzo teorico che ha destato molto interesse in una determinata fase storica, ma che è rimasto lontano dall'attenzione della pratica, che continua a diffidare. Mi sembra evidente che le tesi espresse in queste pagine abbiano molti punti di contatto con il predetto orientamento. Proprio per questo, sono portato a credere che l'apparente disinteresse della dottrina dominante non sia dovuto a un'intrinseca debolezza del procedimento logico, bensì all'esigenza di maggiori cautele nell'applicarlo, e di una maggiore pazienza nell'attendere i risultati.

Cerco di spiegare queste affermazioni, che possono sembrare troppo forti. Come ho detto, l'aspirazione maggiore del giurista è adattare, per quanto gli riesce, la norma al fatto. In questo sforzo, tuttavia, spesso si deve accontentare di risultati sub-ottimali, giacché, in caso contrario, rischierebbe di sacrificare a un astratto ideale di giustizia dei valori di non minore rilievo sul piano pratico, quali la certezza del diritto e la praticabilità dei percorsi (giudiziari o ermeneutici) che portano alla soluzione del problema. A ciò si deve aggiungere che talvolta è arbitrario fare riferimento a norme di altri set-

tori dell'ordinamento, perché – se è vero che certe costellazioni d'interessi si pongono in termini apparentemente identici in altre fattispecie, già regolate dal legislatore – è anche vero che la specificità dell'ambiente sociale, o del settore di mercato nel quale si svolge il rapporto, possono imporre di far prevalere istanze d'altra natura (si pensi al contratto di *leasing*, nel quale gli aspetti finanziari dell'operazione per molto tempo hanno fatto trascurare il profilo del godimento del bene, o quello della tutela dell'utilizzatore in caso di scioglimento del contratto e di conseguente riacquisto della piena proprietà da parte del concedente).

Ciò non significa che l'interprete debba rinunciare a soluzioni articolate, che consentano una mediazione più attenta ed equilibrata tra gli interessi in gioco. Come si è detto, però, per conseguire un simile risultato ci vuole tempo: sia perché, analizzando più a fondo il contenuto precettivo di certe norme, alcune antinomie sono destinate a scomparire; sia perché occorre avviare un processo ermeneutico, al quale partecipa l'intera collettività degli operatori giuridici. Proprio per questo, se si vogliono scongiurare pericolose fughe in avanti, ed esagerate reazioni di segno opposto, si deve procedere a piccoli passi nella ricostruzione del sistema.

14. *Conflitti tra principi e clausole generali*

Per finire, vorrei richiamare l'attenzione su un ultimo quesito: si può ammettere che una *clausola generale* prevalga – almeno in alcuni casi – su un *principio di diritto*? Per gli esponenti del positivismo legalistico il fatto stesso di porsi la domanda sembra un motivo di scandalo. Per costoro, infatti, anche una legislazione per principi è fonte di malcontento. Pensare, poi, d'affiancare ai principi un uso sempre più frequente e spregiudicato delle clausole generali (che potrebbero restare nascoste nelle pieghe della legge), e sostenere che queste ultime possano addirittura prevalere sui primi, sarebbe davvero inconcepibile. I principi – quelli *espresi*, di cui stiamo parlando – hanno, almeno, un chiaro riconoscimento in testi normativi d'alto rango. Le clausole generali, invece, sembrano prive di *pedigree*: costituirebbero un elemento di confusione, che verrebbe a togliere al diritto ogni residua certezza sul piano applicativo. Ritenerne che possano prevalere su una norma scritta, su una formula solennemente

enunciata nel codice o nella Costituzione, porterebbe a un regresso in termini di civiltà giuridica; significherebbe vagheggiare un ritorno al diritto naturale e alle opinioni dei «Dottori», che peraltro sono una razza in via di estinzione.

Questi rilievi, anche se formulati in maniera provocatoria, inducono a riflettere. A mio avviso, però, il problema è solo di misura; o, se si vuole, è solo d'impostare in maniera corretta il rapporto tra le varie fonti del diritto, sempre che di «fonti» si possa ancora parlare. In fondo, principi e clausole appartengono allo stesso *genus*; anche le seconde si rifanno a un valore da massimizzare (la buona fede, la correttezza, la diligenza, la ragionevolezza, *etc.*), con l'unica differenza che, per tradurlo in un'esplicita disciplina, occorre fare riferimento a patrimoni di conoscenze e di regole che si rinvergono allo stato diffuso nella società. Certo, le clausole generali debbono essere utilizzate con cautela (direi quasi con parsimonia), senza prescindere dalle indicazioni provenienti dai testi normativi; si deve ammettere, tuttavia, che talvolta sono proprio i testi normativi a rinviare, per la loro intellegibilità, a valori inespressi, la cui esatta individuazione costituisce una precondizione per conseguire risultati applicativi ragionevoli.

14.1. Ancora una volta, invece di discutere l'argomento in maniera astratta, preferisco addentrarmi in uno specifico campo d'indagine, nel tentativo di chiarire il senso del discorso. Per restare a temi a me familiari, mi permetto di riproporre alcune questioni che ruotano attorno alla *par condicio creditorum* e all'istituto delle revocatorie, in specie fallimentari.

Credo di non sbagliare, se affermo che il problema fondamentale (o almeno quello più sentito dalla pratica) del diritto concorsuale italiano nella seconda metà del secolo scorso è stato l'eccessivo *rigore revocatorio*, che induceva i creditori (soprattutto le banche) a considerare il fallimento del proprio debitore come una iattura, invece che come uno strumento per cercare di recuperare almeno una parte delle loro pretese. Le banche, infatti, temevano che, una volta aperto il concorso esecutivo, la curatela potesse innescare nei loro confronti un contenzioso così aspro, da far apparire l'eventuale recupero di una parte del credito come un vantaggio trascurabile, rispetto ai rischi e alle perdite derivanti dall'esercizio delle predette azioni. In altri termini, per decenni in Italia il fallimento di un cliente significava, per l'azienda di credito, aggiungere al danno le beffe.

La situazione (mi riferisco a prima della riforma del diritto fallimentare del 2005), era paradossale, anche perché unica a livello comparatistico. Ci si deve chiedere, dunque, come si fosse arrivati a tanto. Sul piano tecnico la spiegazione è complessa, perché ruota attorno a un quesito (la revocabilità delle rimesse effettuate dal cliente sui propri conti correnti bancari) che è stato impostato, nel tempo, in molti modi diversi, e ancora oggi affatica gli studiosi. Sullo sfondo, però, s'intravede un conflitto di valori. Da un lato, un principio – la *par condicio creditorum* – che veniva inteso in maniera sempre più rigorosa e meccanica, fino al punto di spingere la giurisprudenza ad accogliere soluzioni palesemente contrarie al più elementare buon senso (basti pensare che un conto corrente con esposizione massima di 100 poteva portare a revocatorie per 1000, o più). Dall'altro lato, una clausola generale – la *fraus creditorum* – che avrebbe consentito di fornire risposte più equilibrate, perché ci ricorda che le revocatorie servono a reprimere le scorrettezze nei confronti dei creditori, non a colpire operazioni del tutto fisiologiche, dal punto di vista dell'attività d'impresa: sul piano economico è normale ricorrere a una banca per eseguire i pagamenti (invece d'effettuarli per cassa) e non si possono far pagare all'intermediario i rischi dell'operazione.

14.2. Entrambi i punti meritano d'essere illustrati un po' più a fondo. In un certo senso, è vero che la revocatoria fallimentare dei pagamenti e delle garanzie serve a ristabilire la *par condicio creditorum*, che verrebbe violata da un trattamento preferenziale a favore di determinati soggetti. Spesso, però, la giurisprudenza (teorica e pratica) ha inteso il predetto principio come una regola sovrapositiva; come un criterio, al quale ci si dovrebbe attenere, a prescindere dal modo in cui si è storicamente atteggiato in un certo ordinamento, e a prescindere da ogni bilanciamento d'interessi e valori.

Le cose, tuttavia, non stanno in questi termini. Quando l'art. 2741 c.c. dice che «I creditori hanno *uguale diritto* di essere soddisfatti sui beni del debitore, salvo le cause legittime di prelazione», non si rifà a un'immutabile regola di ragione: si limita a enunciare un criterio di massima, che viene specificato da una serie di altre disposizioni dell'ordinamento, soprattutto da quelle che regolano il corso esecutivo e la distribuzione del ricavato. La formula dianzi trascritta, non solo è compatibile con infiniti sistemi di «cause di prela-

zione»; ma è anche compatibile con infinite regole di organizzazione del concorso. Sul piano formale, la parità di trattamento non viene violata: se al creditore, che per primo ha pignorato il bene, viene concesso un privilegio su quanto ricavato dalla vendita; se al concorso vengono ammessi tutti i creditori, o solo quelli muniti di titolo esecutivo; se le insinuazioni tardive subiscono delle limitazioni, o vengono ammesse fino all'ultimo minuto utile; se il sistema revocatorio viene reso più rigoroso, o più blando, e così via dicendo. Sul piano pratico, ogni opzione porta a risultati diversi: ma l'*uguale diritto* dei creditori non viene scalfito, giacché il precetto viene formulato in termini generali. L'art. 2741 enuncia un principio, ma non per questo è sovraordinato alle altre disposizioni di legge: pone una regola finale, alla quale ci si deve attenere in mancanza d'indicazioni diverse.

14.3. I rilievi che precedono fanno intendere come la *par condicio creditorum* non sia un valore assoluto e incompressibile, ma s'atteggi in maniera diversa, a seconda dei più complessi obbiettivi di politica del diritto (efficienza economica, dinamicità delle procedure, tutela dei piccoli creditori, valorizzazione delle istanze solidaristiche, e via elencando) perseguiti dal legislatore. In questo quadro, pertanto, non sarebbe irragionevole sostenere che il predetto principio sia perfettamente compatibile con un sistema revocatorio fondato sulla frode, o su altra clausola generale sostanzialmente equivalente sotto il profilo funzionale.

In astratto, l'assunto appare ragionevole. In concreto, però, si potrebbe obiettare che le norme della legge fallimentare in tema di revocatorie (per com'erano uscite dalla penna del legislatore del '42) concepiscono queste impugnative come uno strumento volto a colpire indiscriminatamente tutti gli atti di disposizione compiuti dal debitore nel periodo sospetto (o, meglio ancora, tutti gli spostamenti patrimoniali avvenuti nel predetto arco temporale, anche senza la partecipazione attiva del fallito), fatta salva, in alcuni casi, la prova che il terzo acquirente non aveva conosciuto, o non avrebbe potuto conoscere, lo stato d'insolvenza dell'impresa.

A ben guardare, però, quella or ora ricordata è solo una delle infinite rappresentazioni del sistema, e non esclude la possibilità di razionalizzarlo in termini diversi. Si potrebbe replicare, infatti: che

l'epigrafe del capo della legge fallimentare, nel quale è contenuta la disciplina dell'istituto, fa espresso riferimento agli atti «pregiudizievoli» per i creditori; che questa formula sembrerebbe individuare nel «pregiudizio» (sia pure solo potenziale) arrecato dall'atto ai creditori una *precondizione* per l'accesso all'impugnativa; che questa tesi trova conforto nel rilievo che il riferimento al danno, anziché alla frode, è dovuto (come testimonia l'evoluzione del pensiero giuridico a partire dalla seconda metà dell'Ottocento) all'intento del legislatore di selezionare gli atti revocabili sulla base di regole oggettive, anziché facendo ricorso a valutazioni di carattere soggettivo; che la revocatoria, anche nella legge fallimentare del '42, è rimasta uno strumento selettivo, volto a colpire le attribuzioni patrimoniali compiute dal fallito prima del fallimento in maniera più o meno rigorosa, a seconda della intrinseca scorrettezza dell'atto; che tutto ciò consente di limitare l'ambito di applicazione dell'impugnativa alle sole tipologie di atti, che mettano realmente in pericolo il soddisfacimento paritetico dei creditori; che la parità di trattamento presuppone l'eguaglianza delle situazioni di partenza, mentre qui la revoca delle rimesse effettuate a favore dell'intermediario non comporta una redistribuzione delle perdite derivanti dall'insolvenza, ma produce (come mostra un'esperienza di molti decenni) una concentrazione dei rischi a suo carico.

14.4. Come si vede, ci troviamo di fronte a due interpretazioni del codice e della legge fallimentare, che portano a risolvere in maniera diametralmente opposta una serie di problemi. La prima pone al centro del sistema la *par condicio creditorum* e la solidarietà nei confronti dei soggetti portatori di pretese rimaste insoddisfatte. La seconda prende in considerazione gli effetti delle revocatorie sull'economia nel suo complesso; annovera tra gli obiettivi da perseguire la continuazione dell'attività d'impresa, per preservarne i valori organizzativi; tiene conto della ragionevolezza dei risultati conseguiti, quando si mettono in moto certi processi di redistribuzione della ricchezza.

Certo: si potrebbe osservare che la prima ipotesi ricostruttiva si fonda su un principio espresso, mentre la seconda valorizza la clausola generale della frode, iscritta nella storia dell'istituto, prima ancora che nell'una o nell'altra disposizione di legge. A ben guardare, però, non è questo il punto: l'elemento decisivo non sta in una diffe-

renza di *pedigree*; sta nel capire se, in un determinato momento storico, si ha bisogno di un sistema revocatorio rigoroso, o non sia meglio lasciarsi degli spazi di manovra sul piano applicativo. Occorre adottare, cioè, una prospettiva che – ferma restando l'esigenza di tenere conto dei valori espressi dall'ordinamento – consenta di abbracciare simultaneamente la *ratio*, gli effetti e i conseguenti limiti applicativi della disciplina. Il riferimento a regole d'esperienza, desunte dalla prassi, consente d'integrare il dettato normativo con parametri extra-legali: ma è l'ordinamento nel suo complesso (con la sua storia e le sue caratteristiche funzionali) a chiedere all'interprete d'allargare il proprio orizzonte conoscitivo. La scelta, quindi, non è tra il rispetto della lettera della legge, e il lasciarsi sedurre da prospettive di diritto libero. Anche la seconda ricostruzione si richiama a precisi dati testuali, che rinviano a regole e patrimoni di conoscenze rinvenibili allo stato diffuso nella società. La scelta è puramente ermeneutica, e può essere orientata solo dalla ricostruzione dello scenario nel quale si è chiamati a operare.

Provo a essere più preciso. In un'economia fondata sul *credito commerciale* erogato in chirografo (e cioè: una dilazione senza garanzie sul pagamento del prezzo dovuto dal cliente; il rilascio di cambiali da scontare in banca; l'eventuale risconto delle medesime presso l'istituto d'emissione) è ovvio che l'esigenza di preservare la garanzia patrimoniale generica (comune a tutti i creditori) prenda il sopravvento; ed è naturale che gli sforzi dell'interprete s'indirizzino verso un rigore revocatorio sempre più spinto, trascurando la storica vocazione dell'istituto (della quale vi sono molte tracce nella legge) a reprimere *solo* gli atti fraudolenti. In un'economia fondata sul *credito industriale*, o sulle esigenze della *finanza*, è inevitabile che la revocatoria perda gran parte del proprio ruolo: sia perché le garanzie rilasciate per i mutui di medio-lungo termine cadono (per ragioni cronologiche) al di fuori del suo naturale raggio d'azione; sia perché l'esigenza di delimitare i rischi, e di segmentare le responsabilità, si oppone a un generico ideale di parità di trattamento.

Nel primo scenario tutto porta a valorizzare il principio astratto della *par condicio*. Nel secondo, viene spontaneo dedicare una maggiore attenzione alle eccezioni, e – per assicurare all'universo delle immunità la necessaria coerenza – le si lega a regole desunte dall'esperienza, dal senso comune, dai patrimoni conoscitivi diffusi nel

pubblico: in una parola, da quel mondo di valori (qui: la correttezza commerciale) richiamato dalle clausole generali, siano esse espresse o latenti nel sistema.

14.5. In un certo senso, le indicazioni fornite in queste pagine hanno trovato un'evidente conferma nella riforma della legge fallimentare, avvenuta a partire dal 2005. Il legislatore, infatti, non solo ha dimezzato il periodo sospetto, ma ha anche previsto una serie di eccezioni alla revocabilità dell'atto, così numerose, da incidere a fondo sul ruolo dell'istituto. Si direbbe che il diritto concorsuale e, prima ancora, la società civile abbiano avuto una reazione di rigetto nei confronti di queste impugnative: che, in teoria, avrebbero dovuto avere la funzione di redistribuire le perdite derivanti dalla crisi dell'impresa; ma che, in pratica, servivano solo a innescare un contenzioso senza fine.

Non è questa la sede per valutare se il legislatore ha fatto bene a ridimensionare così drasticamente il ruolo dell'istituto, o non doveva essere più cauto. Qui interessa rilevare che resta confermata la diagnosi, secondo la quale in un'economia industriale e finanziaria uno strumento volto a redistribuire per via giudiziaria le perdite provocate dall'insolvenza del debitore appare, per molti versi, obsoleto. La questione, però, deve essere esaminata anche da un altro profilo. La maggiore articolazione della disciplina non deve indurre a ritenere, infatti, che il riferimento alla frode (o al carattere pregiudizievole dell'atto) sia diventato inutile. È certamente vero che la riforma ha tradotto in esplicite norme di legge ciò che molti interpreti chiedevano a gran voce, per rendere più «ragionevole» la disciplina dell'istituto. Sarebbe un errore, tuttavia, pensare che il più, ormai, sia fatto. La nuova disciplina, per essere correttamente intesa, ha pur sempre bisogno di essere inquadrata in un sistema di valori, che consenta di cogliere il senso e i limiti delle scelte legislative. Se si dovesse dimenticare che la revocatoria è sempre stata uno strumento selettivo, volto a colpire la frode; se non si cogliesse il nesso tra la singola disposizione e gli obbiettivi di fondo perseguiti dal legislatore, non solo si finirebbe col tradire lo spirito della riforma, ma si correrebbe il rischio di ritornare a soluzioni applicative che, con la scusa di restare fedeli alla lettera della legge, finirebbero col proporre una lettura del tutto irragionevole. I principi (con il loro rigore e la loro

forza espansiva) da un lato, e le clausole generali (con il richiamo al senso comune e alla ragionevolezza) dall'altro, sono destinati a fronteggiarsi perennemente.

CONCLUSIONI

15. *I principi e la certezza del diritto*

Il diritto commerciale è una delle materie nelle quali la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento sono state sempre considerate come valori da difendere a ogni costo, perché favoriscono la rapidità delle contrattazioni e la circolazione della ricchezza. Proprio per questo, spesso si ritiene di dover preferire una normativa precisa e dettagliata, a una disciplina che lasci maggiori spazi di discrezionalità all'interprete.

Ovviamente, in questa tesi vi è molto di vero, e quindi si spiega la ritrosia mostrata dalla maggior parte dei commercialisti italiani nei confronti dei principi e delle clausole generali. A ben guardare, però, nel diritto commerciale vi è anche l'opposta esigenza, d'adattare la disciplina alle esigenze del caso concreto. Anche in questo settore, pertanto, spesso si elaborano dei criteri generali, ai quali le parti e gli interpreti si devono attenere, per andare avanti senza troppi intoppi: si individua una direzione da seguire, e poi si lascia a una riflessione successiva – retta dalla buona fede – la cura dei particolari e l'individuazione dei necessari aggiustamenti.

Come spesso accade, entrambe le esigenze sono sentite, e meritano d'essere assecondate. Qualcuno ritiene che la soluzione debba essere trovata distinguendo le aree, ove far prevalere l'esigenza della certezza, assicurata da una regolamentazione articolata e precisa dei rapporti (e, quindi, con il ricorso a discipline di dettaglio, espresse nella tipica forma delle *rule*), dalle aree ove è preferibile (anche quando si tratta d'eseguire impegni già presi) una libera contrattazione tra le parti, assecondata dal potere discrezionale di un terzo, che giudichi secondo *standard* di correttezza.

Può anche darsi che si riesca a tracciare – sulla base di un qualche criterio logico, o tramite il ricorso all'analisi economica del diritto – una linea di demarcazione tra i problemi da affrontare con un'interpretazione formalistica dei dati normativi, da quelli per i

quali è preferibile l'uso di espressioni vaghe, o il ricorso a clausole generali, che lascino spazio al potere discrezionale dell'interprete. Al riguardo, tuttavia, si deve tenere conto di molti fattori, che vanno (come osservavano GORLA e SACCO nelle già ricordate relazioni al convegno dei Lincei) dalle tradizioni ermeneutiche, proprie d'ogni settore dell'ordinamento, al tipo di problema da affrontare, che può imporre (in considerazione della rilevanza degli interessi in gioco) persino una forzatura del dato testuale: talvolta anche la giurisprudenza «pretoria» della Cassazione assolve una funzione benefica.

Se non prendo un abbaglio, tutto ciò presuppone un nuovo approccio alla materia, che porta a ridisegnare i concetti di *certezza giuridica* e di *efficienza*. A ben guardare, infatti, se la certezza e l'efficienza dovessero essere cercate in regole così precise e articolate, da fornire la «risposta giusta» quasi in automatico, si correrebbe il rischio di fallire clamorosamente il bersaglio, giacché il massimo livello di *certezza oggettiva*, da raggiungere con una regolazione ultra-dettagliata dei singoli istituti, finirebbe con l'entrare in rotta di collisione con un adeguato livello di *certezza soggettiva*, che presuppone la possibilità d'orientarsi in un sistema complesso. Tutto sta, allora, nel cercare un tipo di certezza per *grandi linee*, o per *approssimazioni successive*: s'inizia coll'indicare una direzione di marcia, per poi ammettere le necessarie correzioni, in un processo nel quale l'individuo si sente assicurato e sorretto, anziché schiacciato dall'impossibilità di prevedere gli effetti delle proprie azioni. In questa prospettiva, il potere centrale non pretende cieca obbedienza, che peraltro potrebbe portare a risultati lontani dalle sue intenzioni: domanda un'adesione fattiva; chiede d'essere assecondato, per quanto possibile, in maniera convinta, secondo il canone fondamentale della ragionevolezza. Se – invece di restare ancorati a concezioni imperativistiche o astrattamente normative del diritto – si valorizza la dimensione comunicativa dell'esperienza giuridica (basata sull'interscambio tra l'emittente e il destinatario del precetto, con la conseguente rilevanza del contesto), i principi, le norme flessibili e le clausole generali possono giocare un ruolo importante anche nel settore più crudo e dinamico del diritto privato patrimoniale.

I principi generali di diritto e l'integrazione europea.

Brevi riflessioni sistemiche

Gianluigi Tosato

SOMMARIO: 1. La funzione dei principi generali del diritto in ambito europeo. – 2. La questione del fondamento giuridico. – 3. La posizione nel sistema delle fonti di diritto della UE. – 4. Il principio di leale collaborazione: *a)* degli Stati membri verso l'Unione, *b)* dell'Unione verso gli Stati membri, *c)* delle Istituzioni europee fra di loro, *d)* degli Stati membri fra di loro.

1. *La funzione dei principi generali del diritto in ambito europeo*

La ragione dello speciale rilievo che i principi generali del diritto hanno assunto e continuano ad avere nello sviluppo dell'integrazione europea discende dalla natura stessa di questo fenomeno¹.

La costruzione dell'Europa è stata concepita fin dall'inizio come un processo, destinato ad attuarsi per fasi successive; un processo che partendo da un settore economico limitato (quello del carbone e dell'acciaio) avrebbe dovuto estendersi progressivamente dal mercato alle politiche, verso una unione sempre più stretta dei cittadini europei. Di fatto, è quello che si sta realizzando, sia pure attraverso un processo laborioso, segnato da avanzamenti significativi ma anche da periodi di stasi, ripiegamento e rischi di disgregazione (come insegna la recente crisi economico-finanziaria)².

Lo strumento giuridico di base, su cui poggia l'integrazione europea, è costituito dai trattati fra gli Stati partecipanti. È un trattato che ha dato l'avvio al processo, con la istituzione della CECA, e sono trattati modificativi e integrativi di quello di partenza, che hanno successivamente portato alla nascita delle altre Comunità e poi dell'Unione. È perfettamente logico e necessario che sia così. Sono gli Stati sovrani che detengono il potere costituente, e lo esercitano con lo strumento normalmente usato per assumere impegni reciproci, li-

¹ I principi generali di diritto formano oggetto in ambito europeo di un'ampia letteratura. Per un'accurata sintesi dell'argomento si veda da ultimo U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2013, 248 ss.

² G.L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'Euro*, in *RDI*, 3, 2012, 700 ss.

mitare le proprie prerogative sovrane, istituire enti (internazionali o sovranazionali) per il perseguimento di interessi comuni.

Ma i trattati, proprio per l'elemento consensuale che li contraddistingue, non sono uno strumento di agevole utilizzo, specie se coinvolgono un numero rilevante di parti (come avviene nell'attuale Europa a ventotto). Ne deriva spesso uno sfasamento tra le esigenze dell'integrazione e i tempi di maturazione di un trattato che si dia carico di tali esigenze. È in questo quadro che si inserisce il ruolo speciale dei principi generali di diritto. Essi si delincono come una fonte sussidiaria rispetto ai Trattati, suscettibile di fornire un qualche rimedio allo sfasamento di cui si è detto. In tal modo sono stati introdotti importanti sviluppi nell'ordine giuridico europeo, sia per colmare lacune derivanti dalla sua frammentarietà, sia per assicurare un progressivo avanzamento del processo di costruzione dell'Europa.

In taluni casi le innovazioni normative riconducibili a questa fonte integrativa dei trattati sono state poi formalmente recepite in quest'ultimi, come è avvenuto per il settore della tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso ai principi generali di diritto ha svolto così una funzione che potremmo dire anticipatoria³. In altri casi, come per i fondamentali principi dell'efficacia diretta e del primato delle norme europee⁴, questo non si è ancora verificato. Il che non toglie che si tratti di principi ben saldi e acquisiti nel diritto dell'Unione.

2. *La questione del fondamento giuridico*

Il primo problema al centro del dibattito sui principi generali di diritto in ambito europeo riguarda l'individuazione del fondamento giuridico della loro applicabilità. Il problema evidentemente non si pone per quei principi generali che trovano diretta enunciazione nei Trattati istitutivi. Si pensi ai principi di proporzionalità e sussidiarietà⁵. E nemmeno sussiste per quei principi che, pur non essendo direttamente posti dai Trattati, si possono ricavare in via di interpre-

³ Sul punto vedi R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2014, 129 ss.

⁴ Sentenze 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend & Loos*, *Raccolta* 1963, 3 e 15 luglio 1964, causa 6-64, *Costa c. E.N.E.L.*, *Raccolta* 1964, 1141.

⁵ Artt. 5.3 e 5.4 Tue.

tazione dalle norme in essi contenute ovvero dai caratteri complessivi dell'ordinamento da essi instaurato. Un esempio del primo tipo può rinvenirsi nel principio di non discriminazione in base all'età, ricavabile dal più generale principio di non discriminazione⁶. Esempi del secondo tipo sono offerti dai già citati principi del primato e dell'efficacia diretta delle norme dell'Unione. In tutti questi casi i principi generali di diritto trovano sicura base giuridica nei Trattati e si inseriscono formalmente nel sistema delle fonti dell'Unione.

Il problema in esame risulta più delicato per quei principi che vengono ricostruiti in virtù di un richiamo a norme esterne al diritto dell'Unione, quali le norme internazionali o quelle interne degli Stati membri. Un riferimento esplicito ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri si trova nell'attuale art. 340.2 T_{fue} per la disciplina della responsabilità extra-contrattuale dell'Unione. Ma si tratta, evidentemente, di una base giuridica limitata ad una materia specifica: non risolve la questione più generale di cui si discute.

Una risposta appropriata al riguardo non si trova nemmeno negli attuali articoli 263 T_{fue} e 6 T_{ue}, ai quali la dottrina ha fatto talora ricorso. L'art. 263 T_{fue}, a proposito dei vizi che possono essere fatti valere in sede di controllo di legittimità degli atti normativi UE, menziona la violazione dei Trattati «*o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione*». Questa formula indubbiamente comprende anche i principi generali di diritto: anche la violazione di questi principi determina l'illegittimità degli atti dell'Unione al pari della violazione dei Trattati. La norma in esame è certo importante ai nostri fini; conferma (direi: dà per pacifico) che i principi generali di diritto operano nel sistema della UE. Ma non offre quella base giuridica di generale portata sulla quale ci stiamo interrogando.

Considerazioni analoghe valgono rispetto all'art. 6 T_{ue}. Qui troviamo un riferimento ancora più esplicito ai principi generali di diritto. A proposito dei diritti fondamentali ricavabili dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, si precisa che essi «*fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*». Come si vede, non diversamente dall'art. 263 T_{fue}, anche qui si dà per acquisito che i principi generali costituiscono una fonte del

⁶ Artt. 2 T_{ue} e 18 e 19 T_{fue}. *Inter alia*, sentenza 14 luglio 1981, causa 155/80, *Procedimento penale a carico di Sergius Oebel*, *Raccolta* 1981, 1993, punto 10.

diritto dell'Unione. Ma anche questa norma non tocca il problema del loro fondamento giuridico, che resta pertanto aperto.

Si deve giungere allora alla conclusione che i principi generali di diritto sono una creazione puramente pretoria, priva di una base giuridica positiva nei Trattati? Se così fosse, risulterebbe lesa un canone fondamentale della costituzione europea. I giudici europei avrebbero introdotto una nuova fonte di diritto nell'ordinamento dell'Unione, non legittimata dagli Stati membri, e cioè dai «*signori dei Trattati*», dai detentori del potere costituente. In altri termini, si sarebbe apertamente disatteso un principio cardine, quello di attribuzione, secondo cui le Istituzioni europee non possono andare al di là delle competenze loro conferite nei Trattati (art. 5.2 Tue).

Una conclusione del genere può tuttavia essere evitata in virtù dell'art. 19 Tue. Questa norma, nel definire la funzione affidata alla Corte di giustizia, precisa che essa «*assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati*». La Corte non deve limitarsi a garantire il puntuale rispetto dei Trattati e della normativa secondaria da essi derivata. Il compito attribuito alla Corte è più ampio; le si richiede di assicurare il rispetto del diritto⁷, e quindi certamente dei principi generali di diritto, nella interpretazione e applicazione delle norme scritte dell'Unione. I giudici europei non hanno dunque esorbitato dalle loro funzioni nel riconoscere legittimità ai principi generali. L'art. 19 Tue li autorizza espressamente a farlo. È questa norma che dà fondamento all'applicabilità dei principi in discorso nel diritto dell'Unione: ed è in considerazione di questa norma che si spiegano i riferimenti a tali principi contenuti nell'art. 6 Tue e 263 Tdue.

3. *La posizione nel sistema delle fonti di diritto della UE*

L'art. 19 Tue non solo dà fondamento giuridico all'applicabilità dei principi generali in ambito europeo; questa norma fornisce altresì utili indicazioni su un altro problema centrale con riguardo a tali principi, e cioè la loro posizione nel sistema delle fonti dell'Unione. Un punto appare fuori di discussione. È indubbio che i principi

⁷ Sentenza 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlamento europeo*, *Raccolta* 1986, 1339, punto 26.

generali costituiscono un parametro di legittimità degli atti normativi secondari dell'Unione. È quanto dispone il già citato art. 263 Tfu, a mente del quale uno di questi atti normativi può essere annullato dalla Corte di giustizia se viola non solo le norme del Trattato ma anche i principi generali di diritto. Questi ultimi si collocano dunque in una posizione gerarchica superiore rispetto alla normativa secondaria europea.

Ma che ne è del rapporto fra principi generali e Trattati? Una lettura in qualche modo estrema dell'art. 19 Tfu potrebbe indurre ad attribuire ai primi una prevalenza sui secondi. Si potrebbe cioè pensare che il rispetto del diritto, e dunque dei principi generali di diritto, operi come parametro di legittimità anche per i Trattati. I principi generali di diritto costituirebbero così una fonte suprema, che si colloca al di fuori e al di sopra dei Trattati e ad essa dovrebbe essere piegata l'interpretazione e l'applicazione di questi ultimi.

Sennonché una tesi del genere appare scarsamente sostenibile. Vi si appone innanzitutto una lettura non distorta dell'art. 19 Tfu. Il testo di questa norma rende palese che i principi generali si iscrivono nei Trattati. Possono fornire un utile ausilio per la loro interpretazione e applicazione, ma sempre rimanendo nell'ambito dei Trattati. Non si collocano dunque né al di fuori, né al di sopra di questi ultimi: operano come strumento interpretativo *secundum legem*, eventualmente *praeter legem*, ma mai *contra legem*.

Una prevalenza dei principi generali di diritto sui Trattati è da escludere anche sotto altro profilo. Essa comporterebbe una superiorità dei giudici europei, a cui è affidata la rilevazione di tali principi, rispetto agli Stati membri. Ma ciò non è compatibile con i fondamenti costituzionali dell'integrazione europea. Come già accennato, gli Stati membri sono i titolari del potere costituente, e lo esercitano mediante i trattati. Questi rappresentano pertanto la fonte suprema, fondamento e limite di ogni funzione conferita alle Istituzioni europee (è il già citato principio di attribuzione). Non fa eccezione la Corte di giustizia, che è un'Istituzione dell'Unione e alla quale si applica l'art. 13.2 Tfu al pari delle altre Istituzioni⁸.

⁸ L'art. 13.2 Tfu recita: «Ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste. Le istituzioni attuano tra loro una leale cooperazione».

Le considerazioni ora svolte hanno un riflesso immediato in tema di accertamento dei principi generali. I giudici europei possono utilizzare a questo fine materiali normativi esterni al diritto dell'Unione, ricavabili dal diritto internazionale o dal diritto interno degli Stati. Ma l'immissione in ambito europeo è subordinata a un giudizio di compatibilità con i Trattati: i quali possono essere integrati o attuati ma non contrastati o derogati. È quanto, del resto, la Corte di Giustizia ha chiarito fin dalla lontana sentenza *Nold*⁹, dove ha invocato i principi generali di diritto per assicurare tutela ai diritti fondamentali in ambito europeo, pur nel silenzio (allora) dei Trattati. La Corte si è richiamata bensì alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri in tema di diritto di proprietà e libera iniziativa economica, ma non ha mancato di precisare che la loro applicabilità è soggetta a limiti «*giustificati dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità*»¹⁰.

4. *Il principio di leale collaborazione: a) degli Stati membri verso l'Unione, b) dell'Unione verso gli Stati membri, c) delle Istituzioni europee fra di loro, d) degli Stati membri fra di loro*

Dopo le considerazioni di ordine generale e sistematico fin qui svolte, passo ad occuparmi di uno dei principi generali di diritto che operano in ambito europeo, quello di leale collaborazione. Questo principio presenta particolare interesse perché si sviluppa in quattro direzioni: (a) leale collaborazione degli Stati membri verso l'Unione, (b) dell'Unione verso gli Stati membri, (c) delle Istituzioni europee fra di loro, (d) degli Stati membri fra di loro.

Segue qualche breve riflessione su ciascuna di queste tematiche.

(a) Il dovere di leale collaborazione degli Stati membri verso l'Unione è (attualmente) stabilito nell'art. 4.3 Tce. Questa norma si trovava, peraltro, già nei Trattati comunitari¹¹. E la ragione ben si comprende; l'Unione (prima le Comunità) si avvale largamente degli apparati nazionali per l'attuazione delle proprie norme. Amministrazioni e giudici degli Stati membri sono strumenti necessari per il fun-

⁹ Sentenza della Corte del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Raccolta* 1974, 491.

¹⁰ Sentenza *Nold*, cit., punto 14.

¹¹ Art. 10 Tce.

zionamento dell'Unione. Come recita l'art. 4.3 Tue, gli Stati membri sono tenuti a prendere ogni misura atta ad assicurare l'esecuzione delle norme dell'Unione e ad astenersi da qualsiasi misura che rischi di pregiudicarne gli obiettivi¹². È appena il caso di ricordare il meccanismo del rinvio pregiudiziale dai giudici nazionali alla Corte di giustizia (art. 263 Tfu), come esempio paradigmatico di collaborazione tra istituzioni nazionali ed europee.

(b) Con il Trattato di Lisbona il principio di leale collaborazione cessa di operare a senso unico. Non si applica più ai soli Stati membri verso l'Unione, ma fa carico anche all'Unione. Il dovere diventa reciproco. Come recita l'art. 4.3 Tue, l'Unione e gli Stati membri «*si rispettano e si assistono reciprocamente*». A ben vedere, il Trattato di Lisbona dà esplicito riconoscimento ad un principio che caratterizza da sempre la costruzione europea e si ricollega al concetto di integrazione. Integrazione non significa superiorità gerarchica dell'ordine europeo su quelli nazionali. Sta piuttosto ad indicare ordini strettamente compenetrati, il cui raccordo si fonda su canoni di cooperazione e adattamento tra rispettive norme, procedure e istituzioni¹³. In questo quadro, il principio di leale collaborazione assume rilievo centrale nella costituzione europea, la condiziona e sorregge, si può dire che ne costituisca la norma-base.

(c) Con l'art. 13.2 Tue il dovere di leale collaborazione si estende ai rapporti tra le Istituzioni europee. Più che di una novità, si tratta anche qui dell'esplicitazione di un principio già operante nel processo di integrazione. Già da tempo la Corte di giustizia ha fatto leva sul principio dell'equilibrio istituzionale per difendere le prerogative del Parlamento europeo¹⁴. Il principio di leale collaborazione riveste una portata più ampia. Riguarda, in generale, i rapporti fra Istituzioni intergovernative e sovranazionali. La costruzione europea si fonda su di un rapporto equilibrato fra le une e le altre. Non si può escludere che, in particolari momenti, le istituzioni intergover-

¹² V., tra gli altri, J. TEMPLE LANG, *Article 10 EC - The most important «General Principle» of Community Law*, in U. BERNITZ, J. NERGELIUS and C. CARDNER, *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan den Rhijn, 2008, 77.

¹³ G.L. TOSATO, *L'articolo 11 della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea*, in *L'art. 11 della Costituzione*, a cura di N. RONZITTI, Napoli, 2013, 74 ss.

¹⁴ Sentenza 22 maggio 1990, causa 70/88, *Parlamento c. Consiglio*, *Raccolta* 1990, I-2041, punti 21-26.

native svolgano un ruolo preminente. È comprensibile infatti che, in situazioni di crisi, l'apporto degli Stati membri (e delle istituzioni intergovernative che li rappresentano) abbia decisivo rilievo. Lo stesso vale quando si deve ricorrere al potere costituente degli Stati per portare avanti il processo di integrazione. Ma, in via generale, resta fermo il principio di leale collaborazione, con tutta una serie di implicazioni. Rinviando ad altra sede per approfondimenti sul tema, basti qui accennare ai rapporti fra gli esecutivi dell'Unione (Commissione/Consiglio Europeo), che devono essere improntati a collaborazione e rispetto reciproco; come pure, alla funzione di controllo del Parlamento europeo, che – tramite accordi inter-istituzionali o anche, più semplicemente, intese informali – può opportunamente svilupparsi al di là del tradizionale rapporto con la Commissione.

(d) I Trattati istitutivi non fanno parola di un dovere di leale collaborazione tra Stati membri. Ma non ve ne era bisogno. In virtù di un principio consolidato di diritto internazionale, le parti contraenti di un Trattato sono tenute a darvi esecuzione in buona fede¹⁵. Questo principio vale anche, e *a fortiori*, per i Trattati istitutivi dell'Unione. Ne consegue un obbligo di portata generale che impegna reciprocamente gli Stati membri ad adoperarsi – in spirito di leale collaborazione – per il rispetto di norme e obiettivi concordemente stabiliti. L'esercizio di competenze riservate agli Stati può fornire un'esemplificazione concreta dell'obbligo ora delineato. Si prenda la tassazione diretta sui redditi delle persone fisiche e giuridiche, che rimane prerogativa statale. È normale che questo dia luogo a regolamentazioni nazionali diversificate, più o meno favorevoli ai contribuenti. Ma le asimmetrie normative non possono eccedere limiti ragionevolmente desumibili dalle diverse politiche di bilancio dei singoli Stati. Al di là di questi limiti – come parrebbe verificarsi nel caso di regimi fiscali straordinariamente favorevoli a *holding* di gruppi multinazionali – non si pone solo un problema politico di funzionamento dell'Unione e di tenuta del mercato interno. Sorgono altresì seri dubbi di compatibilità con il dovere giuridico di leale collaborazione fra Stati membri di cui si è ora discusso.

¹⁵ Art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

COMUNICAZIONI

Il 'principio dispositivo in tema di prova' nel processo penale

Pasquale Bronzo

1. I 'principi' hanno fascino, e accade spesso che gli interpreti ne ravvisino in disposizioni normative che in realtà dettano 'regole', o che traggano principi ('inespressi') da norme o insiemi di norme, o addirittura dall'ordinamento, ma si tratta di operazioni ermeneutiche da verificare con estrema attenzione, poiché giocano sempre fattori come cultura, ideologia, società. In tema di 'principio dispositivo', il diritto processuale penale offre un esempio negativamente istruttivo.

Quando i compilatori del vigente codice di procedura penale hanno innestato sul nostro tradizionale modello di processo burocratico 'alla francese' i tratti propri dello stile accusatorio, è risultato naturale ai primi interpreti ravvisare nella scelta di affidare alle parti la selezione delle prove, limitando fortemente i poteri officiosi, una implicita ma chiara adozione di un 'principio dispositivo in tema di prova', spesso annoverato tra i postulati del modello processuale accusatorio.

A quel punto, l'attenzione degli osservatori si è addensata sulla previsione dell'art. 507 del codice, che assegna al giudice il potere di integrare la provvista probatoria ove, a fine istruzione, ne ravvisi la «assoluta necessità». Questa disposizione è subito divenuta terreno di confronto tra diversi modi di intendere il processo penale: le controversie interpretative che negli anni l'hanno riguardata sono state connotate ideologicamente in una misura riscontrabile per poche altre norme: radicalismi e stereotipi hanno spesso complicato la lettura.

I poteri istruttori del giudice richiamano infatti alla mente degli operatori l'antica 'bulimia' del giudice inquisitore, della quale era sopravvissuta più che una traccia nel sistema italiano fino al codice Rocco. Così da subito una parte della giurisprudenza, non tranquillizzata dai limiti previsti dalla disposizione, comincia a postulare varie preclusioni agli interventi officiosi, costringendosi ad una sorta di autocontenimento: il giudice non può attivarsi in caso di decadenza o inattività delle parti. A chiarire la portata dell'istituto interviene una lucida pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione, che ne accoglie una lettura estensiva (o meglio, non rinviene nella disciplina

positiva norme che impongano all'istituto le accennate restrizioni): il potere istruttorio officioso deve intendersi come residuale ma non 'eccezionale'. Per questo, il suo esercizio non è precluso neppure in situazioni particolari in cui, essendo *in crisi* l'iniziativa istruttorie di parte, l'intervento giudiziale sembra particolarmente invadente, ossia in relazione a mezzi di prova dai quali le parti interessate siano decadute e nell'ipotesi – estrema – di un dibattimento privo di qualsiasi impulso istruttorio di parte¹.

Gran parte degli studiosi e mondo forense insorgono: pochi mesi prima la Consulta aveva gravemente alterato i meccanismi istruttori del nuovo processo, mettendo in crisi oralità e contraddittorio, e la sentenza delle Sezioni unite sembrava completare un processo di restaurazione². I commentatori denunciano lo scempio del sistema *adversary*, la lesione del neointrodotta 'principio dispositivo in tema di prova', e del connesso canone della imparzialità del giudice. Interloquisce la Corte costituzionale che, nel far propria la soluzione delle Sezioni unite, ritiene costituzionalmente eccepibile l'interpretazione restrittiva dell'art. 507. Il giudice delle leggi usa però argomenti sospetti, come quando postula un contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, o addirittura screditanti, evocando la "ricerca della verità" e il "principio di non dispersione dei mezzi di prova": aveva impiegato gli stessi concetti pochi mesi prima per ampliare i meccanismi (questi sì, eccezionali) di recupero probatorio degli atti delle indagini preliminari, e così rafforza negli studiosi l'idea che quella lettura dell'art. 507 non fosse altro che un'ulteriore tappa di una restaurazione degli schemi del codice Rocco. Nonostante l'autorevolezza degli interventi, la questione resta in qualche misura controversa, tanto che le Sezioni unite devono ritornarvi a quattordici anni dal primo intervento, per ribadire il potere-dovere del giudice di supplire alle carenze delle parti pure nel caso-limite in cui, a causa dell'omesso deposito della lista testimoniale, venga a mancare una qualsiasi valida iniziativa istruttorie del pubblico ministero³.

Ma la norma andrebbe analizzata cercando di evitare i condizionamenti derivanti dalle sue particolari valenze ideologiche, che

¹ Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, in *Cass. pen.*, 1993, 1370.

² Corte cost. nn. 24, 254 e 255 del 1992, relative rispettivamente agli artt. 195, 513 e 500 c.p.p.

³ Sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Cass. pen.*, 2007, 952.

hanno indotto talvolta gli interpreti a cercare in essa significati coerenti a questo o quell'archetipo di processo, rischiando di smarrirne la reale funzione.

2. Nella guerra di religione combattuta attorno all'art. 507 c.p.p.⁴ molta parte hanno avuto le suggestioni derivanti dall'elaborazione dottrinale processualcivilistica, alla quale si deve la nozione di "principio dispositivo in tema di prova". Chi avversava la lettura *lata* della disposizione argomentava notando, tra l'altro, come quell'esegesi fosse dissonante dal 'principio dispositivo probatorio' enucleabile dall'art. 190 del codice, in presenza del quale le previsioni che assegnano al giudice un potere istruttorio, in quanto norme d'eccezione, sono di stretta interpretazione.

A tale rilievo si rispondeva, altrettanto 'ideologicamente', che non può esistere un principio dispositivo probatorio in un ordinamento in cui l'azione è obbligatoria (tanto che, secondo il giudice delle leggi, la lettura restrittiva dell'art. 507 avrebbe violato l'art. 112 Cost.).

Ad entrambe le impostazioni è facile ribattere sottolineando l'autonomia tra tecniche di accertamento e caratteri della tutela giurisdizionale, seguendo la "teoria sceveratrice" dei civilisti tedeschi di fine '800. La dottrina delle *Maximen* – evocata dal Prof. Panzarola nella sua relazione su 'L'evoluzione dei principi nel processo civile' – aveva diviso in due grandi categorie i sistemi processuali: da una parte, quelli retti dalla *Verhandlungsmaxime*, in cui la raccolta del materiale istruttorio spetta alle parti; dall'altra, quelli in cui vige il "principio inquisitorio" (*Untersuchungsmaxime*), ove la provvista delle prove è compito del giudice, eclissandosi ogni autonomo rilievo dell'iniziativa di parte. Quest'ultimo principio venne progressivamente abbandonato, tanto che già verso la metà del XIX secolo nessuna legislazione civilistica era più improntata all'*Untersuchungsmaxime*. Data la tendenziale disponibilità dell'oggetto del processo civile, il ripudio del metodo inquisitorio convince gli autori dell'epoca che il principio dispositivo sia un epifenomeno della disponibilità dell'oggetto processuale⁵. Ma nella Germania di fine secolo

⁴ La «madre di tutte le battaglie» combattute intorno al codice di procedura penale del 1988 (G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Giappichelli, Torino, 2015, 76).

⁵ Disponibilità degli interessi materiali e della relativa tutela giuridica e disponibilità della prova finiscono per essere confusi in un unico fenomeno, espressione di un

scorso prende corpo un *movimento sceveratore*, che distingue la «signoria della parte [...] nel porre in essere il processo e nel determinarne il contenuto» (*Dispositionsprinsip*) dalla «dipendenza del giudice dalla parte per quanto attiene soltanto alla raccolta del materiale di fatto e dei mezzi per provarlo» (*Verhandlungsmaxime*); il primo fenomeno attiene ai modi secondo i quali di una situazione sostanziale può esser chiesta tutela, l'altro riguarda la tecnica processuale, il metodo di accertamento⁶.

Tale differenziazione viene a confutare l'impostazione che ravvisa la *ratio* del principio dispositivo probatorio nella tendenziale disponibilità del processo⁷, e consente di spiegare perché nel processo civile attuale il giudice possa risultare tutt'altro che sguarnito di poteri istruttori, non soltanto in materie caratterizzate da una tendenziale indisponibilità degli interessi coinvolti (come quella lavoristica o tutelare) ma anche nell'ordinario giudizio di cognizione: il ruolo attivo del giudice non incide sul carattere disponibile dell'oggetto del processo, purché le sue iniziative si riferiscano ai fatti allegati dalle parti⁸.

Si tratta però pur sempre di una autonomia *tendenziale*. Ove, ragionando 'per principi', si postuli un principio dispositivo probatorio quale monopolio delle parti nella selezione delle prove, i ter-

unico principio: *Verhandlungsmaxime*. La dottrina italiana incorre nella stessa indebita estensione, e traduce l'espressione con "principio dispositivo".

⁶ Nei primi anni '50 la teoria "sceveratrice" attecchisce in Italia grazie a T. CARNACINI, (*Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Giuffrè, Milano, 1951, vol. II, 716, dal quale sono tratte tutte le citazioni precedenti).

⁷ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1928, 732; P. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Morano, Napoli, 1965, 146, pur aderendo a tale impostazione, sottolineava come fosse errato interpretare la disponibilità della prova nel processo civile come una proiezione dei poteri di disposizione attribuiti ai privati nel diritto sostanziale, poiché ciò avrebbe comportato il disconoscimento della natura essenzialmente pubblicistica del diritto processuale.

⁸ V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1959, vol. I, 169. Il risultato ultimo di questa dottrina, cioè la consapevolezza della tendenziale autonomia tra tutela giurisdizionale e tecnica istruttoria, viene utile anche in materia penale: allo stesso modo in cui da un processo ad oggetto disponibile come quello civile non deriva la necessità la esclusione di iniziative istruttorie officiose, così l'indisponibilità della *regiudicanda* penale è compatibile con una rigorosa limitazione del potere probatorio del giudice (P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1082).

mini della questione mutano: attribuire al giudice poteri istruttori è compatibile con la disponibilità della *res iudicanda*, ma non è vero il contrario, ossia laddove l'oggetto processuale sia indisponibile l'approvvigionamento probatorio non può essere appannaggio esclusivo delle parti. Si può infatti concepire un processo il cui oggetto rientri nella disponibilità delle parti nonostante la responsabilità dell'istruttoria sia attribuita, finanche totalmente, al giudice: anche in un tale sistema le parti concordi potrebbero rinunciare "agli atti del giudizio" (art. 306 c.p.c.), o "impedire" la decisione restando inattive, non partecipando alle udienze (l'art. 309 c.p.c.); si tratterebbe di un modello di accertamento in sé discutibile, ma che non inficerebbe la disponibilità della tutela giurisdizionale⁹. Ma non si può, al contrario, affermare che un monopolio delle parti sulla prova sia compatibile con l'obbligatorietà dell'azione salvo che con tale affermazione si intenda (soltanto) sottolineare la diversità dei piani sui quali operano, rispettivamente, le norme che assicurano la c.d. "indefettibilità della pretesa punitiva" e quelle che definiscono il metodo dell'accertamento processuale. Nel processo penale, la cui indisponibilità deriva – più e prima che dalla indisponibilità del dovere di punire – dalla necessità di una giurisdizione 'cognitiva', a sua volta imposta dalla presunzione di non colpevolezza, una totale estromissione del giudice dalle leve istruttorie sarebbe non solo inopportuna, ma addirittura incompatibile con quella indisponibilità.

3. Il punto è che il problema della distribuzione dei poteri probatori nel processo è risolto dai legislatori moderni con soluzioni articolate, che sfuggono al teorico divario tra principio dispositivo e principio inquisitorio, rispondendo piuttosto a criteri di opportunità tecnica. Segnatamente, ad un criterio epistemico: si adotta il regime che meglio garantisce il valore dell'accuratezza dell'accertamento, irrinunciabile quale che sia il tipo di processo.

Nella dottrina processualcivile non manca chi contesta in radice il fondamento del 'principio dispositivo in tema di prova' inteso come tendenziale estromissione del giudice dalla selezione delle prove¹⁰: non si tratterebbe di un principio *categorico* – di un valore in

⁹ G. VERDE, *Principio dispositivo, Dispositivo (Principio)*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1989, vol. XI, 5.

¹⁰ Solo così possiamo intendere un dominio delle parti sulla prova. Un potere *stricto sensu* dispositivo porterebbe a conseguenze estreme che i sistemi moderni rifiu-

sé – come per chi vi vedeva un riflesso della disponibilità delle situazioni tutelate, o vi scorge, oggi, l'espressione di una concezione liberale del processo. Né si tratterebbe di un principio *tecnico*, funzionale al perseguimento di un *diverso* principio, il quale rappresenta un valore in sé, come per chi lo giustificava quale strumento di salvaguardia dell'imparzialità del giudice¹¹.

Finanche nel rito civile vigente, ove sono disegnati nettamente i confini del potere istruttorio del giudice, si pone in dubbio la configurabilità di un 'principio dispositivo probatorio', affermando che il principio enunciato nell'art. 115 c.p.c.¹² vieti al giudice – non già di decidere sulla base prove che non siano fornite dalle parti – ma di decidere sulla base di informazioni che non nascano dal processo, le quali costituirebbero un 'sapere privato'¹³: giudicare *secundum probata* è il contrario di giudicare *secundum conscientiam*¹⁴. In questa

tano; si dovrebbe consentire che la parte ritiri, secondo insindacabili valutazioni di convenienza, le prove acquisite al processo su propria richiesta: al contrario, una rinuncia alla prova ammessa ad opera della parte che ne aveva fatto richiesta è possibile, ma solo a patto nessuna delle altre ne domandi l'acquisizione, poiché l'ammissione l'ha resa *comune* ai contraddittori; e quando poi la prova sia stata acquisita essa diventa indisponibile, ed il giudice può servirsene a prescindere dalla provenienza, e senza che siano possibili ripensamenti dell'istante ("principio di acquisizione processuale": L. P. COMOLIO, *Allegazione*, in *Dig. disc. priv.*, I, Utet, Torino, 1987, 279).

¹¹ M. TARUFFO, in CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Commentario del c.p.c.*, I, *Disposizioni generali: artt. 112-120*, a cura di S. Chiarloni, Zanichelli, Bologna, 2011, 357 ss. Stiamo dando per scontato che si possano definire principi generali non solo i *substantialia iudicij*, quelli essenziali affinché un ordine giuridico processuale possa definirsi giusto; quelli, cioè che gli conferiscono identità assiologica (R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, II ediz. Giappichelli, Torino, 2006, 69), ma anche i principi di carattere 'tecnico'.

¹² «Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza».

¹³ M. TARUFFO, in CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, cit., 477. In questo senso già prima V. Andrioli, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, 278.

¹⁴ L'esegesi corrente dell'art. 115, che vi rinviene l'esclusione di poteri istruttori officiosi si fonda sui deboli argomenti costituiti dal testo della rubrica e dalla ritenuta volontà del legislatore storico. Volontà che (supponiamola esattamente diagnosticabile) sarebbe stata peraltro ispirata da un brocardo dell'*ordo iudicarius* (*iudex iudicare debet secundum probata*), in cui il riferimento alle parti (*a partibus*), in origine assente, risale ad una manipolazione dei processualisti tedeschi di fine '800.

prospettiva, la clausola che nell'art. 115 fa «salvi i casi previsti dalla legge» non andrebbe riferita ad ipotesi in cui il giudice può decidere in base a prove acquisite di propria iniziativa, ma alle ipotesi eccezionali in cui il giudice può non considerare, nel decidere, prove che le parti hanno prodotto nel processo, ritendendola superflua o contraria alla legge.

Se guardiamo al processo penale, affermare che l'istruzione probatoria sia retta da un principio dispositivo pare ancor più opinabile. È vero infatti che, leggendo l'art. 190 c.p.p., vi troviamo proclamata la chiara regola secondo cui «le prove sono ammesse a richiesta di parte», e del potere istruttorio giudiziale si parla in chiave d'eccezione affermando che «la legge precisa i casi in cui le prove sono ammesse d'ufficio»¹⁵. Uno di quei 'casi' però – quello previsto dall'art. 507 – ha una tale portata da mettere in crisi lo schema classico del principio dispositivo probatorio.

Che nel rito penale attuale la formazione della prova dipenda dalle parti fin dal momento della scelta del materiale risulta dalla circostanza che spetti a ciascuna di esse, formulata la propria ipotesi ricostruttiva, produrre i materiali idonei a verificarla. Le istanze possono essere filtrate dal giudice solo nei termini strettissimi della non manifesta irrilevanza e non manifesta superfluità, e rispetto al giudicante arcigno il 'diritto alla prova' viene tutelato in modo forte, fino in Cassazione. Un potere enorme, e anche una grave responsabilità, poiché le *defaillances* della parte sono difficilmente rimediabili dall'intervento soccorrevole del giudicante, oggi privo di quella conoscenza autonoma dei fatti che nel rito previgente gli assicurava la piena disponibilità di tutti gli atti preparatori.

In coda all'istruzione però, quando tutte le prove richieste delle parti sono state ormai acquisite al processo, il giudice del dibattimento può disporre l'assunzione di *qualsiasi* ulteriore prova che sia utile alla decisione: nessun limite che attenga al tipo di mezzo, o ad un particolare bisogno istruttorio. La clausola della assoluta necessità è poco più che un segnale didattico: a fine istruzione risulta 'assolutamente necessaria' qualsiasi prova che serva a chiarire un aspetto della *quaestio facti* che a quel punto sia *ancora* in ombra¹⁶. In realtà,

¹⁵ La riserva alla 'legge' suona come una barriera rispetto ad estensioni interpretative delle norme che stabiliscono prerogative officiose in materia di selezione probatoria.

¹⁶ «L'avverbio *escresce*; enfatico anche l'aggettivo, ogni prova influente essendo necessaria» (F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ediz. Giuffrè, 942).

quella decisione istruttorie si basa su un giudizio di rilevanza, alla luce delle acquisizioni accumulate nel dibattimento

Di fatto, la norma non pone limiti al potere officioso, se non quello cronologico in forza del quale il giudice, prima di intervenire, è tenuto ad attendere che ogni esigenza istruttorie dei contendenti abbia avuto sfogo. È un limite importante, perché garantisce il contenimento degli interventi officiosi entro i vuoti istruttori lasciati dalle parti, e dunque ad una riduzione dell'ingerenza giudiziale in termini inversamente proporzionali all'attivismo dei contendenti¹⁷. Ma esso vale a rendere il ruolo del giudice residuale rispetto a quello primario delle parti, non già eccezionale. Tanto più che questo momento di integrazione della prova può anche essere sollecitato dalla parte che evidenzia tardivamente un certo bisogno istruttorio o segnali esigenze scaturite dall'*happening* dibattimentale.

Spontaneo o provocato, il supplemento d'istruzione al giudice è sempre consentito, senza che le parti possano sindacarne le ragioni o l'utilità¹⁸; l'unico profilo controllabile, nello specchio della motivazione, riguarda la decisione negativa a fronte della sollecitazione di uno dei contendenti¹⁹.

¹⁷ Il sistema attuale consente che il "diritto alla prova" riconosciuto alle parti possa esplicarsi con una ampiezza impensabile in un sistema in cui le iniziative del giudice concorrano con quelle delle parti nel senso che al primo sia consentito, come nel vecchio rito, attivarsi in ogni momento del dibattimento. La dialettica istruttorie rischierebbe costantemente di essere compromessa e scompagnate le strategie degli antagonisti, ai quali interessa poter scegliere in che modo e con quali mezzi provare i propri assunti. La giurisprudenza considera peraltro, priva di sanzione la delimitazione temporale: l'intervento intempestivo costituisce «mera irregolarità, non essendo la stessa affetta da inutilizzabilità o da nullità di ordine generale» (Cass., sez. III, 9 ottobre 2014, n. 45931, Cifaldi, *C.E.D. Cass.*, n. 260871).

¹⁸ Secondo la giurisprudenza «il mancato esercizio del potere del giudice del dibattimento di disporre d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova [...] non richiede un'espressa motivazione, quando dalla effettuata valutazione delle risultanze probatorie possa implicitamente evincersi la superfluità di un'eventuale integrazione istruttorie» (Cass., sez. IV, 3 ottobre 2013, n. 7948, in *C.E.D. Cass.*, n. 259272), e comunque «l'esercizio positivo del potere [...] senza alcuna motivazione sull'assoluta necessità dell'acquisizione non determina alcuna inutilizzabilità o invalidità» (Cass., sez. II, 9 gennaio 2013, n. 6250, *ivi*, n. 254497).

¹⁹ «In ordine all'esercizio di tale potere discrezionale [...] il giudicante deve fornire adeguata motivazione solo se, richiesto circa l'assunzione di determinate prove, ritenga le indagini non necessarie, mentre non ricorre alcun obbligo di motivazione quando i mezzi di prova siano disposti e abbiano influenza sulla decisione» (sez. VI, 14 ottobre 1997, n. 9104, in *C.E.D. Cass.*, n. 211576).

Ma il limite più significativo al potere officioso è piuttosto intrinseco, e deriva dal sistema del codice: la circostanza che il giudice sia privato di qualsiasi autonoma conoscenza dei fatti e (salvi i pochi atti presenti *ab inizio* nell'incartamento processuale) venga lasciato all'oscuro per tutto il dibattimento delle indagini svolte dalle parti riduce fortemente la possibilità che egli selezioni prove per la decisione sulla base di proprie autonome ricostruzioni e – soprattutto – fa in modo che le sue iniziative traggano spunto dalle informazioni che le parti abbiano già versato nel processo.

Più che un principio dispositivo temperato da interventi inquisitori, si direbbe una distribuzione del potere istruttorio tra giudice e parti, operata secondo scelte tecniche di ordine epistemologico.

Nell'affidare alle parti il ruolo primario nella selezione probatoria il legislatore non solo mira a salvaguardare l'imparzialità del giudice, ma utilizza lo scontro tra le parti come strumento istruttorio: quando l'indagine è opera di soggetti diversi, ciascuno con una propria ipotesi di lavoro, si moltiplicano proficuamente le informazioni, e gli antagonisti svolgono una attività di reciproco controllo, per cui ciascuno tende a porre in luce le circostanze che l'altra mira a nascondere perché nocive ai propri assunti²⁰. In questo senso (e solo in questo senso) il primato dei contendenti nella scelta delle prove è funzionale all'attuazione di un processo inteso come disputa. Con tale primato le prerogative istruttorie officiose non sono incompatibili, se non in quanto alterino i caratteri essenziali della disputa: diritto alla prova e contraddittorio; così, risulterebbe sminuito il ruolo assegnato alle parti se, di fronte ad acquisizioni *ope iudicis*, esse si trovassero nell'impossibilità di discuterne l'esito o dedurre prove contrarie.

Ma anche il coinvolgimento del giudice nella selezione probatoria è frutto di un'opzione dettata da criteri di "opportunità tecnica" e da considerazioni relative alla migliore conoscenza dei fatti. Se lo scontro tra le parti è epistemologicamente fruttuoso, ciò non implica tuttavia che la selezione del materiale per la decisione possa essere *in tutto* rimessa ai contendenti.

In primo luogo, anche senza pensare al caso-limite della *com-*

²⁰ P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 115, notava come siano «strumenti di indagine più sensibili e più solleciti di ogni sagacia di giudice, i vigili interessi delle parti contrapposte, ciascuna delle quali, per mettere in evidenza quella parte di verità che le giova, è pronta a prender su di sé, con impareggiabile zelo, il compito della investigazione».

bine processuale, ogni contendente – anche nel processo penale – introduce nel giudizio le prove a supporto della *propria* prospettazione, cosicché l'estromissione del giudice dalla selezione comporta il rischio di una selezione arbitraria dei dati rilevanti; ed è effettivamente «*najve*» l'idea che il giudice possa decidere sintetizzando gli aspetti del fatto che ciascuno pone in luce «in una specie di gioco d'incastro nel quale si combinano le verità delle parti»²¹.

In secondo luogo, la necessità di integrare la prova da parte del giudice è legata al sistema dell'oralità ed al connesso principio del libero convincimento.

Anche quest'ultimo inquadramento dei poteri istruttori officiosi è merito delle riflessioni della dottrina civilistica. Nell'evoluzione del processo civile l'oralità è stata perseguita come tecnica processuale, senza le implicazioni socio-culturali che avevano caratterizzato lo smantellamento del rito penale inquisitorio, e il ruolo attivo del giudicante si è imposto ed è stato valorizzato come strumento tecnico per assicurare i benefici del metodo orale: il contatto diretto tra il giudice e le prove, senza la mediazione delle carte e concentrato nel dibattimento mira a sentenze non più fondate su regole decisorie precostituite, ma frutto di un "libero" convincimento del giudicante.

Se questa è la *ratio* ultima del metodo orale (nel rito penale non meno che in quello civile) allora la sua realizzazione richiede che il giudice sia provvisto non solo di poteri di direzione 'formale' del processo, affinché svolgimento e tempi non siano nelle mani delle parti²², ma anche di poteri di direzione 'materiale', attraverso i quali «partecipare direttamente alla lite, sollecitando le parti a chiarire i punti più oscuri, a proporre domande nuove, a dare indicazioni di fatto più importanti [...], disponendo d'ufficio taluni mezzi istruttori»²³.

Il nesso tra poteri istruttori del giudice e 'libero convincimento' merita di essere sottolineato e posto nella giusta luce, perché il richiamo da parte della Corte costituzionale a tale ultimo principio, abbinato a quello alla 'ricerca della verità', è suonato quale adesione ad una concezione, oggi insostenibile, del conoscere giudiziale come co-

²¹ M. TARUFFO, in CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, cit., 475.

²² Concentrazione e continuità del dibattimento rappresentano «l'aspetto temporale» del principio di immediatezza per M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1962, 142.

²³ G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 686.

gnizione “onnivora”, svincolata da canoni formali²⁴. Invece il principio del libero convincimento, inteso correttamente come ripudio di una metodologia vincolante nella genesi logica del giudizio sul fatto, implica effettivamente un particolare ruolo del giudice il quale, non più passivo coniugatore di regole decisorie prestabilite dalla legge, non può essere disinteressato rispetto al “rendimento” dell’istruzione, e deve essere coinvolto nella formazione del materiale probatorio.

In un processo nel quale la prova sia espediente cognitivo (sia pure giuridicamente regolato) l’attività istruttoria delle parti opera informativa, è fondamentale che il circuito comunicativo tra queste ed il giudice funzioni sempre correttamente. A volte ciò non accade, malgrado la parte abbia fornito tutte le informazioni ritenute necessarie a verificare la propria ipotesi (nessuna inerzia istruttoria, dunque): quel materiale va integrato.

L’importanza di poteri che permettano al giudice tali integrazioni si può apprezzare particolarmente nel rito penale vigente: l’inconveniente ora accennato può derivare infatti dal differente livello di conoscenza che parti e giudice hanno dei fatti di causa, data l’ignoranza in cui quest’ultimo si trova, grazie al sistema del doppio fascicolo, circa gli atti che hanno preceduto il dibattimento. Questa posizione di *ingenuità*, se predispose il giudice ad una decisione imparziale comporta il rischio che, proprio per il diverso bagaglio di conoscenze, le parti ritengano di aver provato a sufficienza aspetti della vicenda che invece restano oscuri al giudicante, o addirittura considerino inutile provare circostanze che, erroneamente, danno per acquisite²⁵.

²⁴ Come a dire: il potere del giudice non può essere limitato dalle preclusioni in cui le parti siano incorse o dalla loro totale inerzia.

²⁵ L’assetto ora descritto rispetta il valore alla cui salvaguardia puntano i fautori del principio dispositivo probatorio, ossia l’imparzialità del giudice, che viene compromessa non tanto dalla titolarità di poteri istruttori, quanto dall’atteggiamento psicologico in cui il giudice si pone rispetto ai fatti, e dal modo in cui esercita quei poteri. Il potere istruttorio del giudicante pone a rischio, più che l’imparzialità nella decisione, la neutralità durante il dibattimento (M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 176, giudica un ingenuo psicologismo il rilievo secondo cui chi cerca di raccogliere informazioni su un fatto perde immediatamente la capacità di valutare correttamente il contenuto e l’attendibilità delle informazioni che acquisisce). Il vero pericolo è che il giudice si atteggi ad investigatore, usando le proprie prerogative per cercare conferme alle *proprie* ipotesi; ma tale pericolo deriva dalla conoscenza che questi possiede dei fatti di causa al momento in cui essi emergono dalle ricostruzioni proposte dei contendenti: un giudice che conosca tutti, e da subito, i trascorsi del procedimento matura «una propria precomprensione dei fatti e delle persone, prima e al di

Infine, va rilevato come a volte la necessità di integrare la prova non dipende da un *deficit* informativo, ma dallo stesso svolgimento della nostra istruzione, alla quale lo stile accusatorio impone modi e tempi rigidamente stabiliti.

L'impulso istruttorio delle parti non si esprime in iniziative libere: a tutela del corretto esplicarsi del contraddittorio processuale il codice prevede lo schieramento iniziale delle prove richieste da ognuno e le incanala in un procedimento, suddiviso in fasi: la «fase preliminare», quella «della decisione», quella «dell'integrazione del provvedimento di ammissione»²⁶. Dopo la fase preliminare, costituita da alcune formalità preparatorie, la fase decisoria è aperta dalle 'richieste di prova' formulate *in limine* (art. 493), prosegue con un contraddittorio ed è chiusa dall'ordinanza con la quale il giudice ammette le prove (art. 495). C'è poi una fase, ulteriore ed eventuale, «di integrazione del provvedimento di ammissione», che può rispondere a due diverse necessità: il giudice, sentite le parti, può escludere – *in ogni momento* – prove già ammesse e ammettere quelle escluse (art. 495 comma 4); oppure può – *terminata l'istruzione* – ammettere, «nuove prove», *id est* prove non richieste negli atti introduttivi, *motu proprio* oppure su sollecitazione di una delle parti (art. 507).

La necessità di arricchire il materiale originariamente selezionato è tutt'altro che anomala, bensì quasi fisiologica. E non è detto che dipenda dalla negligenza di qualcuno o da una materiale sopravvenienza: ogni prova, oltre a fornire un risultato conoscitivo è anche un 'fattore di scoperta', perciò è possibile il nuovo esperimento sia suggerito dalle escussioni già effettuate.

Il momento di sfogo di tutte le esigenze scaturite dall'*happening* dibattimentale è collocato all'esito delle escussioni, in una apposita sottofase in cui la prova può essere integrata, alla luce dei risultati già emersi; e in relazione ad ogni prova ammessa ognuno avrà diritto a controdedurre: una vera e propria *re-introduzione* dell'istruttoria.

fuori delle prospettazioni dialettiche delle parti» (F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, 289). Lo testimonia bene la storia del rito penale misto.

È poi garanzia di imparzialità del giudice il contraddittorio, al quale, come detto, soggiacciono le prove acquisite *ex officio* non meno di quelle richieste dalle parti (su come l'effettività del contraddittorio salvaguardi l'imparzialità del giudice, cfr. G. GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, 24).

²⁶ A. NAPPI, *Guida alla procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2007, 490.

La disciplina di questo supplemento d'istruzione favorisce concentrazione e continuità del dibattimento, evitando il rischio di continue interruzioni del flusso delle escussioni, e propizia la speditezza del processo, che sarebbe compromessa dagli incidenti volti all'ammissione delle prove nuove e alla correlativa ammissione delle prove contrarie²⁷. La scansione temporale scongiura tattiche dilatorie ed evita ritardi che potrebbero risultare *a posteriori* non giustificati, perchè le esigenze probatorie sorte in corso di causa o l'utilità delle prove dimenticate potrebbero risultare superate dall'esito delle escussioni già programmate.

Neppure rispetto a queste ipotesi la formula della 'assoluta necessità' descrive adeguatamente la portata del potere-dovere del giudicante: l'ammissibilità delle richieste di parte è vagliata qui in modo più stringente rispetto a quelle formulate *in limine litis*, sulla scorta di tutte le informazioni che sono state acquisite al processo, ma il giudice non può non acquisire qualsiasi prova risulti ancora utile.

Per concludere.

Si è parlato – anche per il processo penale – di un principio dispositivo 'attenuato'²⁸, si è detto che il principio dispositivo probatorio nel rito penale vigente abbia soltanto una funzione «espansiva dei poteri delle parti» e non «preclusiva dell'accertamento dei fatti»²⁹. In verità, è difficile riconoscere nell'attuale sistema dei rapporti tra giudice e parti, l'espressione un 'principio dispositivo', pur inteso nella minimale accezione della tendenziale estromissione del giudice dalle leve istruttorie.

Perciò appare scorretto utilizzare l'art. 190 c.p.p. per interpretare (restrittivamente) l'art. 507, come normalmente si fa quando si impiega *meta-normativamente* (una norma che racchiude) un principio, per giustificare altre norme o una particolare interpretazione di queste³⁰.

L'organizzazione del potere istruttorio sembra piuttosto retta da due diverse 'regole', che stabiliscono altrettanti canali attraverso i

²⁷ Senza contare che, per le une e le altre, sarebbe difficilmente rifiutabile un eventuale termine dilatorio.

²⁸ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2014, 652.

²⁹ A. NAPPI, *Guida*, cit., 425. Il principio dispositivo «funzionerebbe a circuito alternato, non in parallelo» (così spiega la formula P. GAETA, *Il sapere per la verità*, *Quest. Giust.*, 1993, 567).

³⁰ Cfr. C. LUZZATI, *Principi e princìpi*, Giappichelli, Torino, 2012, 40.

quali le prove entrano nel processo: uno è gestito dalle parti, alle quali è riconosciuta la più ampia possibilità di produrre prove (art. 190), l'altro dal giudice al quale è assegnata una facoltà residuale, ma – potenzialmente – altrettanto ampia (art. 507)³¹. Se il potere del giudice è destinato ad un minore esercizio ciò dipende – soltanto – dalla collocazione temporale nel suo intervento nella dinamica dibattimentale, e dalla sua subalternità conoscitiva rispetto alle parti.

Per verificare questa ricostruzione occorre abbandonare la convinzione che il 'principio dispositivo' sia un valore in sé, verificando a quale valore ci si riferisce in realtà nel caso di conflitto tra la norma che assegna alle parti la gestione della provvista probatoria e quella che consente al giudice di supplire in caso di assoluta necessità. Immaginiamo che un giudice che disponga *motu proprio* l'acquisizione di una prova prima che sia terminata l'acquisizione delle prove richieste dalle parti: violerebbe il principio del contraddittorio, inteso nel senso del diritto di difesa, che deve potersi esplicare secondo le tempistiche e le strategie preferite dai contendenti, ma non l'art. 190, né alcun supremo 'principio dispositivo probatorio'³². E nel caso in cui invece il giudice, atteggiandosi ad inquirente acquisisse *ex officio* una prova sulla base di una autonoma ricostruzione dei fatti³³, agirebbe *secundum conscientiam*, venendo meno (non al principio dispositivo ma) al supremo principio (stavolta sì) di imparzialità.

Allora, se non è possibile concepire gerarchicamente la posizione del 'principio dispositivo' in relazione a quello 'inquisitorio', occorre ammettere più prosaicamente che le due norme si spartiscono l'istruttoria penale in posizione di parità tecnica, in funzione di una giurisdizione cognitiva: una giurisdizione epistemica pura, non ideologizzata.

³¹ Del resto «non esiste una 'torta', costituita dai poteri istruttori, da dividere tra parti e giudice, cosicché la fetta che spetta al giudice implichi una proporzionale riduzione della fetta che tocca alle parti, e viceversa» (M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 479).

³² Violerebbe di certo violato l'art. 507 nella parte in cui confina l'intervento istruttorio una volta "terminata l'istruttoria dibattimentale" (sulla scarsa sensibilità della giurisprudenza v. *sub* nt. 16) ma – anche qui – si tratterebbe del contenuto precettivo di una 'regola'.

³³ Ciò che può accadere sia nel caso portato all'attenzione delle Sezioni unite e della Corte costituzionale, del giudice che intervenga sulla *tabula rasa* probatoria (anziché prosciogliere), sia fuori da questo caso-limite.

Il principio di semplificazione

Fulvio Costantino

SOMMARIO: 1. Complessità e complicazione. – 2. Politiche di semplificazione. – 3. La semplificazione della legislazione. – 4. La semplificazione dell'organizzazione amministrativa. – 5. La semplificazione dell'attività amministrativa. – 6. Le parole d'ordine: interessi, oneri, responsabilità, comunicazione.

1. *Complessità e complicazione*

Tre sono le parole d'ordine che sembrano imporsi sulla scena pubblica: semplificazione¹, trasparenza e digitalizzazione. Eppure la prima pare riferirsi al concetto più sfuggibile, in quanto in grado di operare non solo in infinite direzioni, ma soprattutto con molto differenti strumenti.

Il principio di semplificazione ha la sua ragion d'essere nella complessità e complicazione degli ordinamenti². Se la complessità,

¹ J. MAEDA, *Le leggi della semplicità*, Milano, 2006: la semplicità vende.

² La bibliografia sul tema è oramai molto consistente: senza nessuna pretesa di completezza, e limitandosi alla dottrina sulla semplificazione in generale, si v. F. SATTÀ, *Proposte per la semplificazione*, *Apertacotrada.it*, L. TORCHIA, *La modernizzazione del sistema amministrativo: semplificazione e decentramento*, in *Le Regioni*, 1997, 354 e *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, *Dir. amm.*, 1998, 385; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 703; L. VANDELLI, G. GARDINI (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, Rimini, 1999; F. PATRONI GRIFFI, *La «fabbrica delle leggi» e la qualità della normazione in Italia*, in *Dir. amm.*, 2000, 97; V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 617; A. NATALINI, G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope. Primo Rapporto Astrid sulle semplificazioni legislative e burocratica*, Bologna, 2010; G. VESPERINI, *Note a margine di una recente ricerca sulla semplificazione amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 203; B. CAROTTI, E. CAVALIERI, *La nuova semplificazione*, Milano, 2009; M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, *Riv. trim. dir. pub.*, 1998, 679; M. AINIS, *La semplificazione complicante*, *Federalismi.it*, 2014; S. PELIZZARI, *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri, nell'ambito dell'ordinamento dell'unione europea*, *Dir. pub.*, 2012, 265; G. VESPERINI (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, 2006; N. RANGONE, *Semplificazione amministrativa*, 2014, *Treccani.it*; R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, *Dir. proc. amm.*, 1999, 323; G. SPINA, *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione. Studio sull'evoluzione delle logiche di semplificazione amministrativa in Italia dal 1990 ad oggi*, Napoli,

precipitato della molteplicità e diversità di soggetti, interessi, gruppi sociali, livelli di governo, strutture, attività è un dato indiscutibile e in un certo qual modo ineliminabile, non sono comunque eludibili le richieste di rapidità di risposte, poste dalla globalizzazione e di riduzione dei costi dell'apparato pubblico, poste dalla crisi economica.

Se così la necessità di risposte rapide e efficienti in un mondo complesso è indubbia, e già di per sé giustifica un ripensamento dell'agire dei poteri pubblici, si presenta anche il fenomeno della complicazione, pure legata alla complessità, ma che può essere affrontata con maggiore successo. La complicazione emerge, solo per fare alcuni esempi, dalla presenza di: disposizioni non necessarie e incoerenti, strutture inefficienti, personale non adeguatamente preparato, ostacoli procedurali (che si manifestano anche come obblighi di forme di collaborazione).

Se il quadro generale evidenzia la tendenza a regolare sempre più qualunque attività dei soggetti, i costi, se la regolazione è mal posta o mal applicata, diventano insostenibili per amministrazioni e cittadini-imprese, oltre a disincentivare gli investimenti stranieri.

L'attività di semplificazione si spera possa così intervenire per migliorare il rapporto di fiducia tra cittadini e amministrazione, per garantire l'effettività del diritto³, come motore dello sviluppo economico.

Proprio in quanto le politiche di semplificazione sono anche funzionali alla competitività del sistema⁴ in un contesto globalizzato,

2013; E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, *Dir. amm.*, 1998, 335; S. BATTINI, *Le politiche di semplificazione nell'esperienza italiana*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, 450; T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, *Riv. trim. dir. pub.*, 2008, 173; G. DELLA CANANEA, A. NICITA, *Le semplificazioni per le imprese*, in *Una democrazia funzionante per una politica economica riformatrice*, Roma, 2007, 119; M. IMMORDINI (a cura di), *Semplificazione normativa e amministrativa*, *Nuove Autonomie*, num. mon., 2008; F. BASILICA, F. BARAZZONI, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*, Rimini, 2^a ed., 2015; C. PINELLI (a cura di), *Italiadecide. Rapporto 2015. Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Bologna, 2015. Il presente lavoro è anche frutto dei numerosi colloqui avuti in prima battuta con il Prof. Filippo Satta e, più di recente, con il Prof. Cesare Pinelli durante la redazione del cit. Rapporto *Semplificare è possibile*: la distinzione concettuale tra complessità e complicazione, ad esempio, è debitrice di questa seconda serie di incontri. Sarebbe impossibile segnalare nel dettaglio tutti gli spunti ricevuti da queste esperienze e qui riversati: in ogni caso, certamente le lacune e gli errori sono interamente imputabili a chi scrive.

³ V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *cit.*

⁴ T. BONETTI, *cit.*

si comprende come si tratti di politiche oggetto di comparazione. Non a caso vi dedicano particolare attenzione, tra gli altri, l'Unione europea⁵, l'OCSE⁶ e la Banca Mondiale: le prime due assumendo la semplificazione come aspetto della regolazione; l'ultima, in particolare nel rapporto annuale *Doing Business*, indicizzando gli Stati rispetto a parametri di competitività (ad es. durata dei procedimenti, costi, *enforcement* dei contratti). E, nello stesso senso, chi con migliori, chi con peggiori risultati, anche gli altri paesi affrontano – con alcune specificità nazionali – gli stessi problemi e più o meno adottano le medesime soluzioni, a riprova della globalizzazione degli ordinamenti e dello scambio reciproco di esperienze⁷.

La semplificazione opera così in larga parte sulla base di sollecitazioni che provengono da altre tradizioni e culture⁸. E, del resto, questo legame con la competitività ha il pregio di avere reso ef-

⁵ L'UE si è occupata di semplificazione a partire dall'interesse per una migliore regolazione. Si v. il Consiglio europeo di Lisbona del 23-24 marzo 2000 e i lavori del gruppo Mandelkern, Per limitarsi ad alcuni tra i documenti più noti, si v. Comunicazione CE 97 344 *Miglioramento e la semplificazione del contesto delle attività di impresa, per la creazione di nuove imprese*; Comunicazione della Commissione, del 5 giugno 2002, *Piano d'azione «semplificare e migliorare il contesto normativo COM(2002) 278 def.*; l'accordo interistituzionale *Legiferare meglio* del 2003; Comunicazione *Una migliore regolamentazione per la crescita e l'occupazione nell'Unione europea*, COM(2005)97; Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno; *Secondo esame strategico del programma per legiferare meglio nell'Unione europea del 2008*, affiancata da *Strategia di semplificazione del quadro regolamentare, Misurazione e riduzione degli oneri amministrativi, Rapporto dell'Impact Assessment Board; Small Business Act 2008 (COM(2008)394)*, *Terzo esame strategico del programma di Better Regulation (COM(2009) 15)*; la Comunicazione della Commissione *Smart Regulation COM(2010) 543*. Da ultimo, mediante il programma *Regulatory Fitness (REFIT)* si propone, invece di nuova regolazione, di mantenere in buona salute quella esistente, correggendola, aggiornandola, eliminandola. Sulla legislazione si v. il programma SLIM, *Simpler legislation for the internal market COM(1996)204*.

⁶ Si v. in particolare OCSE, *Why is Administrative Simplification so complicated? Looking Beyond 2010*, 2010; *Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies: Guidance for Policy Makers*, 2009; *Cutting Red Tape - National Strategies for Administrative Simplification*, 2006; *From Red Tape to Smart Tape. Administrative simplification in OECD countries*, 2003. L'OCSE si occupa dell'Italia in *Better Regulation in Europe: Italy 2012*.

⁷ Si v. in questo senso l'importanza assunta in questi anni a livello europeo dal Metodo di coordinamento aperto, che prevede proprio lo scambio di esperienze tra paesi (Strategia di Lisbona, 2000).

⁸ Fa riferimento al *New Public Management* G. SIRIANNI, *Semplificazione e contrasto alla corruzione: due politiche pubbliche da coordinare*, in *Rapporto 2015*, cit., 301.

fettiva la semplificazione, e di avere permesso l'adozione di parametri certi e misurabili di riferimento.

È indubbia così la sussistenza di un legame privilegiato tra semplificazione e ampliamento della libertà di iniziativa economica⁹. Al tempo stesso però il principio generale di semplificazione appare compatibile con diverse opzioni valoriali: non a caso politiche di semplificazione vengono adottate senza soluzione di continuità da differenti maggioranze politiche, e non si può in astratto sostenere che la semplificazione comporti di per sé una riduzione delle funzioni dello Stato¹⁰.

2. *Politiche di semplificazione*

Pressoché ogni intervento di riforma si pone l'obiettivo di semplificare l'esistente, per cui è difficile ricostruire con certezza l'evoluzione del principio di semplificazione¹¹; se oggi nuovi strumenti *ad hoc* si impongono, quali la misurazione dei costi, tuttavia di necessità di semplificare si discute in Italia dall'inizio del secolo scorso¹². È in ogni caso comunemente accettato che a livello nazionale la semplificazione sia diventata oggetto di specifica attenzione negli anni '90, a partire dalla legge 241 del 1990, che contiene un capo dedicato, e con maggiore convinzione dal 1997 (le c.d. Riforme Bassanini) in poi. In questi anni infatti si tenta di ridurre la distanza tra amministrazione e cittadini e di applicare i criteri imprenditoriali dell'efficienza e dell'economicità alla gestione dell'amministrazione¹³. In questa ottica si consolida l'idea che servano regole flessibili nell'or-

⁹ P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione del procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012, 533. La semplificazione impone più discrezionalità per i cittadini, sostiene C.R. SUNSTEIN, *Simpler: The future of Government*, New York, 2013, 36.

¹⁰ C.R. SUNSTEIN, cit., 32.

¹¹ M. CLARICH, cit., rinvia la lotta alla complicazione già nel 1789 in Francia. M. AINIS, *Un naufrago tra i decreti*, Corriere della sera, 31 agosto 2014, ricorda che in Italia la prima Commissione per la semplificazione burocratica fu istituita nel febbraio 1918, e la relazione finale fu di Ranelletti; le succedettero le Commissioni Schanzer e Cassis; la prima legge di semplificazione fu del 1921.

¹² S. CASSESE, cit. Si cita anche il rapporto Giannini del 1979.

¹³ Per comprendere le idee chiave alla base della legge 241 si v. A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni 80, Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1987, 155.

ganizzazione delle funzioni e regole certe e chiare per i rapporti tra cittadino e amministrazione¹⁴. Nel corso degli anni successivi poi la semplificazione è diventata una parola d'ordine per le politiche pubbliche.

Chi voglia rinvenirne il fondamento costituzionale, farà bene a guardare all'art. 97 (in particolare il principio del buon andamento): la giurisprudenza costituzionale annovera il principio di semplificazione tra i fondamentali dell'azione amministrativa¹⁵, e riconduce la disciplina alla competenza legislativa esclusiva statale, in quanto regola livelli essenziali delle prestazioni, *ex art. 117, lett. m)*¹⁶ ed evidenzia il legame della semplificazione con la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41¹⁷.

Proprio per la forza espansiva della semplificazione e per la percezione dell'importanza del tema, si è così ritenuto che l'implementazione del principio possa consentire di combattere la corruzione, la burocrazia, la scarsa competitività del paese¹⁸. Va però ridimensionata l'idea che la semplificazione possa essere la panacea per ogni male: molti problemi di complicazione richiedono infatti per la loro soluzione un ripensamento generale della regolazione del settore in cui si presentano, l'interazione di diversi principi e l'adozione di una vasta gamma di strumenti, tra i quali anche quelli più comuni adottati per la semplificazione; di per sé inoltre la semplificazione non si inverte nell'adozione di uno strumento predefinito, ma di disparate misure, provviste di regole e caratteri propri, che vanno calibrate sul problema specifico.

La stessa semplificazione peraltro va maneggiata con cautela, dal momento che eliminare strutture o passaggi procedurali (si

¹⁴ F. PATRONI GRIFFI, *La semplificazione amministrativa, giustizia-amministrativa.it*.

¹⁵ C. cost. 282/2009 e 336/2005.

¹⁶ C. cost. 203 e 207/2012, 62/13, in quanto l'attività amministrativa è qualificabile come prestazione.

¹⁷ C. cost. 121/2014. Come noto, il d.d.l.c. 4328 proponeva una modifica dell'art. 41, secondo la quale «L'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», in una chiara ottica di semplificazione e liberalizzazione. Si v. in proposito C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, *Dir. amm.*, 2014, 355.

¹⁸ Si v. ad es. il *Dossier* governativo del 2011: funzionepubblica.gov.it/media/665176/dossier_semplificazione_2.pdf.

pensi a pareri, autorizzazioni, controlli) può essere fonte di malamministrazione e di corruzione (non a caso recenti scandali di corruzione sono stati legati alla realizzazione di opere la cui urgenza ha indotto a semplificare le procedure, derogando alle norme ordinarie). Molti istituti infatti – che in seguito saranno analizzati – costringono all’alternativa tra rapidità e garanzie o tra rapidità e considerazione degli interessi tutelati dall’amministrazione (in ultima analisi, tra rapidità e buon andamento).

Inoltre la semplificazione non opera una volta per tutte: si tratta di un’attività simile al disboscamento, che per essere efficace deve essere continua e incessante.

Proprio perché la semplificazione è un processo, richiede una strategia¹⁹, necessariamente adottata a livello centrale per essere efficace, che però da un lato coinvolga anche Regioni ed enti locali e dall’altro implementi un approccio per settore e per procedimenti, che suppone analisi²⁰, programmazione, valutazione della necessità di strumenti di regolazione, individuazione di responsabilità, fissazione degli obiettivi, monitoraggi. Invece si è sinora preferita l’adozione di norme generali statali, senza adeguata analisi o coinvolgimento²¹: non a caso, gli altri livelli territoriali generalmente oppongono resistenze alle riforme, ad esempio reintroducendo limiti laddove le leggi statali avevano previsto l’accesso al mercato²².

Di conseguenza, solo quattro volte in venti anni è stata adottata una Legge «annuale» di semplificazione (*ex l. 59/1997*)²³, e peraltro si è trattato di leggi *omnibus*; altre leggi con l’obiettivo di semplificazione, reso evidente nell’epigrafe, si sono succedute²⁴, con il difetto di essere anch’esse leggi c.d. *omnibus*²⁵; il «Piano di azione per il per-

¹⁹ Già F. CARNELUTTI, *Certezza, autonomia, libertà, diritto*, in *Dir. econ.*, 1956, 1193.

²⁰ Sono necessari approcci quantitativi: in Francia un censimento di procedimenti è stato effettuato già nel 1997.

²¹ N. RANGONE, *cit.*

²² C. cost. 430/2007.

²³ L. 59/1999; l. 340/2000; l. 229/2003; l. 246/2005.

²⁴ Traendo spunto da questa legge, ma sulla semplificazione in generale, A. POLICE, *Riflessioni sui tortuosi itinerari della semplificazione nell’amministrazione della complessità*, *Apertacontrada.it*. Osserva M. AINIS, *La semplificazione complicante*, 2014, *federalismi.it* che nella XVI legislatura almeno 5 leggi avevano per titolo la semplificazione (133/2008, 9 e 69/2009, 35/2012, 150/2011); si vv. solo nel 2014, le ll. 78/2014, 114/2014, 164/2014.

²⁵ V. l. 90/14.

seguimento degli obiettivi del Governo in tema di semplificazione, di riassetto e di qualità della regolazione», previsto dal d.l. n. 4/2006, è stato adottato solo un anno²⁶.

Solo di recente invece si è tentato un cambio di passo: si è scelto di adottare un approccio settoriale (c.d. «Decreto del fare», l. 98/2013)²⁷ ed è stata prevista un'Agenda per la semplificazione (114/2014), condivisa con Regioni e autonomie²⁸, preceduta da una consultazione e redatta con il coinvolgimento degli *stakeholders* (anche se non vi è stata concertazione con le categorie economiche, e la consultazione popolare ha avuto un impatto limitato), che indichi linee di indirizzo, un cronoprogramma, un comitato interistituzionale a seguirne l'attuazione²⁹. Proposta (ed affidata) solo al Ministro per la Pubblica amministrazione e la semplificazione, senza concerto con altri ministeri (con soluzione comprensibile, ma rischiosa), si tratta di strumento rivolto più al coordinamento e alla riconduzione ad insieme degli strumenti esistenti, che non alla proposizione di nuovi strumenti amministrativi o normativi.

Non ci si può soffermare su come viene interpretato il principio dagli enti territoriali ma, a parte quanto osservato sulla competenza legislativa, i principi si sono sempre imposti a tutte le Regioni e alle province autonome (che si trattasse della n. 59/1997 o della 241). Vi è da dire che anche per questi livelli di governo gli strumenti della semplificazione sinora si sono mostrati poco efficaci³⁰.

La gamma delle strutture deputate alla semplificazione è molto variabile a livello centrale ed estremamente caotica a livello di tavoli e comitati. Tra i soggetti istituzionali vi è anzitutto il Ministro *della*

²⁶ V. l. 80/2006; adottato nel 2007.

²⁷ Riguardante edilizia, sicurezza sul lavoro, ambiente, certificazioni, istruzione, università e ricerca, società fiduciarie.

²⁸ La consultazione telematica sulle 100 procedure più complicate ha segnalato: l'autorizzazione paesaggistica, gli adempimenti in materia fiscale e di sicurezza sul lavoro, il DURC, i tempi di pagamento da parte della PA, le autorizzazioni previste dal TULPS, lo scarso utilizzo dei sistemi digitali, la difficoltà ad effettuare pagamenti telematici verso le PA, le procedure per i disabili, gli adempimenti fiscali, le difficoltà di accesso ai servizi sanitari.

²⁹ Accordo del 13.11.2014 tra Governo, Regioni, Province autonome ed Enti locali per l'istituzione del Comitato Interistituzionale, l'attuazione delle linee di indirizzo condivise e l'Agenda per la semplificazione per il triennio 2015-2017.

³⁰ Si v. Audizione alla Commissione parlamentare per la semplificazione del Ministro per gli affari regionali, le autonomie e lo sport, 16.1.2014 (di seguito solo *Audizione*).

semplificazione e della Pubblica Amministrazione, la cui denominazione testimonia la centralità del tema: si tratta di ministro senza portafoglio, che si avvale del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Non è invece più previsto un Ministro per la semplificazione normativa. All'interno del Dipartimento operano l'Ufficio per la semplificazione amministrativa (art. 11 dm D.M. 7.11.2012), articolato in due uffici, uno dedicato alla semplificazione in generale, l'altro alla misurazione e riduzione degli oneri amministrativi; col DPCM 12.6.2013 è stata istituita anche un'Unità per la semplificazione e la qualità della regolazione. Del Comitato interistituzionale si è accennato, ma di tutti gli altri soggetti istituiti in questi anni si sono perse le tracce³¹. Si è occupata del tema di recente anche una Commissione parlamentare³². Sembra mancare invece una efficace cabina di regia in grado di governare i processi di semplificazione e di diffondere le buone pratiche, strumento che altrove si è rivelato efficace³³.

Va osservato con attenzione (anche se non enfatizzato) il ruolo della partecipazione *sub specie* di consultazione dei cittadini nel processo di semplificazione, per il supporto che questi possono dare nel segnalare le aree di intervento e i possibili rimedi³⁴.

Da quanto sin qui indicato, si può notare che gli interventi sono stati numerosi, finanche eccessivi, per cui si è parlato di complicazione della semplificazione³⁵, e in ultima analisi le politiche italiane

³¹ Dell'attività del Comitato interministeriale per l'indirizzo e la guida strategica delle politiche di semplificazione e di qualità della regolazione (DPCM 12.9.2006, ma confermato dal Decreto 2013) nulla consta in rete. Del Tavolo permanente per la semplificazione, composto da rappresentanti delle categorie produttive e delle associazioni di utenti e consumatori, rappresentanti dei Ministeri, della Conferenza dei presidenti delle regioni, dell'ANCI, dell'UPI e dell'UNCEM, (DPCM 8 marzo 2007) nulla consta. Del Comitato paritetico Stato-Regioni-autonomie locali presso la Conferenza Unificata per il coordinamento delle metodologie di misurazione degli oneri amministrativi (art. 6, d.l. n. 70/2011, convertito in l. n. 106/2011) non è chiara l'attività svolta. Il Tavolo istituzionale in sede di Conferenza per l'individuazione dei procedimenti e delle misure di semplificazione (*ex art. 2, comma 2, dell'Accordo tra Governo, Regioni ed Enti locali (10.5.2012) in attuazione della l. 35/12) pare abbia lavorato «intensamente».*

³² Il documento conclusivo è stato pubblicato in data 31 marzo 2014.

³³ Si v. *Rapporto 2015*, cit., 590. Si pensi all'esperienza dell'*Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) negli Stati Uniti.

³⁴ Vi fanno riferimento l'art. 18 della l. 229/03 e la l. 246/05.

³⁵ Al di là del lavoro di AINIS cit., si v. anche G. VESPERINI, *Audizione*, 13.3.2014.

di semplificazione non sono state efficaci: sono stati infatti proposti dei progetti utopistici, si è avuta un'attuazione della semplificazione incoerente, le riforme non sono state possibili causa dei vincoli derivanti dalla crisi della finanza, ci sono state resistenze culturali³⁶. Tristemente, si può notare che alcune soluzioni oggi proposte siano le stesse indicate più di 20 anni fa, compresa la modulazione della regolazione a seconda delle dimensioni delle imprese³⁷.

3. *La semplificazione della legislazione*

Una tripartizione classica riferisce il principio alla funzione legislativa, all'organizzazione amministrativa, all'attività amministrativa³⁸. Mentre i due ultimi profili sono legati al potere esecutivo, la semplificazione c.d. legislativa fa riferimento ad un fenomeno del tutto diverso nel metodo e nelle finalità, sebbene mirante comunque a ridurre la complicazione.

A livello legislativo con la semplificazione si intende in particolare rispondere al problema che pone la formula riassuntiva «molte, oscure, complicate»³⁹: semplificazione in chiave anzitutto di certezza del diritto⁴⁰, nel segno della riduzione della quantità delle disposizioni, e di miglioramento della qualità della redazione, sia quanto al significato delle disposizioni che all'interazione con altre norme. Un quadro normativo complicato facilita il contenzioso, obbliga ad affidarsi a specialisti e può essere terreno di corruzione.

Il tema della quantità presuppone a monte un'indagine sulla necessità di adottare, mantenere in vita o emendare una disciplina. Il tema è chiamato in causa, rispetto al rapporto tra cittadini-imprese e amministrazione, anzitutto dalla liberalizzazione delle attività economiche, finalità dichiarata e perseguita nelle politiche dell'ultimo ventennio⁴¹.

³⁶ G. SIRIANNI, cit., 302.

³⁷ In questo senso, basti rileggere S. CASSESE, cit.

³⁸ Sebbene tratti anche la semplificazione processuale F. BASILICA, F. BARAZZONI, cit., 379.

³⁹ B.G. MARRATELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

⁴⁰ Si veda per la *ratio* della semplificazione A. POLICE, cit.

⁴¹ Spesso peraltro annunciata e non realizzata: l'abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche prevedeva

L'attività di regolazione oggi richiede l'effettuazione di adeguate valutazioni costi-benefici dell'introduzione di una nuova disciplina, misurazioni dell'impatto di nuove disposizioni sull'ordinamento e il mercato, e a valle la valutazione degli effetti della regolazione: a questa funzione rispondono istituti quali l'AIR⁴² e la VIR⁴³, che misurano rispettivamente *ex ante* ed *ex post* l'impatto (economico-sociale⁴⁴) di nuove misure regolatorie, così da poter calibrare l'intervento autoritativo nella maniera meno invasiva possibile. L'implementazione di questi strumenti risulta oggi molto carente: l'AIR non viene effettuata, o è realizzata in modo superficiale, erroneamente si concentra sui profili giuridici, e non riguarda i decreti legge.

Inoltre la fissazione – laddove possibile – di una data di scadenza per le disposizioni (c.d. *sunset clause*), costringerebbe il regolatore a interrogarsi di nuovo sulla necessità e i contenuti di una disciplina.

Una seconda scelta da valutare riguarda lo strumento di regolazione: bisogna indagare se i risultati che si vogliono perseguire richiedano l'adozione di strumenti di comando e controllo (obblighi e sanzioni), o se sia possibile utilizzare forme di regolazione più duttili, che sfruttino o orientino il mercato, o che prescindano dall'uso di strumenti coercitivi sulla base delle risultanze delle scienze comportamentali⁴⁵: lo strumento legislativo potrebbe così spesso essere effi-

l'adozione di regolamenti di delegificazione, mai adottati (art. 3 del d.l. 138/2011; art. 1 del d.l. 1/2012; art. 12 del d.l. 5/2012).

⁴² Introdotta dall'art. 5 della l. 50/1999, ma si v. già art. 20 della l. n. 59/1997. Si v. l. n. 246/2005 e d.P.C.m. 170/2008 (su cui R. PERNA, *L'analisi di impatto della regolazione come strumento delle politiche di semplificazione, giustamm.it*), poi aggiornata da Dir. P.C.m., 16.1.2013 (su cui N. LUPO, G. PERNICIARO, *Verso una better regulation nella attuazione delle direttive Ue?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 828). L'AIR indica benefici, costi, costi indiretti non quantificabili in termini monetari, gli approcci alternativi, con l'indicazione delle ragioni per le quali non sono stati adottati.

⁴³ Peraltro oggetto della VIR è anche l'analisi degli «effetti, positivi e negativi, sulla semplificazione normativa e amministrativa» (d.P.C.m. 212/2009).

⁴⁴ Invece nel nostro ordinamento viene affidato agli uffici legislativi: G. COCO, *Semplificazione: promesse e realtà, nelmerito.com*.

⁴⁵ Non a caso Sunstein approda alla semplificazione dopo aver proposto l'adozione del *nudge* (spinta gentile) come metodo per le politiche pubbliche (*simple, low-cost, freedom-preserving approaches, drawing directly from behavioral economics, that promise to save money, to improve people's health, and to lengthen their lives*): R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009.

cacemente affiancato o sostituito da forme di delegificazione⁴⁶, coregolamentazione, autoregolazione, accordi volontari, interventi finanziari, attività di informazione. Probabilmente sono eccessive le aspettative verso questi strumenti diversi, ma vale certamente la pena di esplorare il terreno.

Una volta poi giunti alla redazione delle disposizioni, si pone con evidenza il problema della qualità delle disposizioni: ci sono norme che usano espressioni non chiare, che vengono modificate rapidamente, che abrogano in maniera oscura, che rinviano ad altre norme, ecc. Il problema, a sua volta, si ramifica rispetto sia ai livelli di regolazione che alla gerarchia delle fonti.

Così, nel primo senso si pone il problema di come trasporre la normativa internazionale ed europea senza creare duplicazioni o contraddizioni con il sistema interno e in maniera corretta; a livello regionale si pone da un lato il problema della quantità e qualità della legislazione⁴⁷ in termini non dissimili a quanto avviene a livello nazionale, ma con il problema ulteriore della riduzione dei conflitti tra norme statali e regionali innestati dal riparto di competenze legislative disegnato dall'attuale testo dell'art. 117 Cost.⁴⁸.

Nel secondo senso si pone il problema dei regolamenti statali, richiesti dalle leggi per l'attuazione delle stesse: a monte già costituisce un problema che vi sia una così ampia richiesta di regolamenti, che procrastina a tempo indefinito l'applicazione delle norme; a valle i regolamenti non vengono adottati, o lo sono in ritardo⁴⁹, non sono

⁴⁶ La delegificazione (legge n. 537/1993, ll. 59 e 127/1997) nel primo quinquennio ha prodotto 62 regolamenti.

⁴⁷ Dopo la Toscana, altre Regioni hanno predisposto una guida per la redazione dei testi normativi: nel 1992 è stato redatto un manuale di tecnica legislativa dall'Osservatorio legislativo interregionale, aggiornato nel 2007. Gli statuti più recenti contengono dei principi sulla qualità della normativa regionale. L'Istituto di teoria e tecniche dell'informazione giuridica del CNR di Firenze nel 2010 ha redatto un manuale di Regole e suggerimenti per la redazione degli atti amministrativi indirizzato principalmente agli operatori degli enti locali.

⁴⁸ Al quale si è ipotizzato di porre rimedio in vari modi: riscrivendo il catalogo, in particolare affidando infrastrutture e energia alla competenza esclusiva statale; reintroducendo il parallelismo; inserendo l'istituto della legge organica. Si v., in relazione alla semplificazione, C. PINELLI, *Per la semplificazione amministrativa, Rapporto 2015*, cit., 19.

⁴⁹ Un problema è costituito dall'acquisizione dei concerti tra Ministri: in particolare il Ministro dell'economia e delle finanze ne è sovraccaricato impropriamente e talvolta dolosamente, proprio perché non si vuole attuare la normativa. Si v. S. PAJNO, *Audizione*, 15.1.2014.

aggiornati⁵⁰ o al passo con la regolazione di altri ordinamenti, che fanno ricorso a norme convenzionali comuni a livello internazionale.

Un discorso sulla semplificazione, del resto, risente delle ragioni per cui le leggi sono così numerose e complicate, e quindi della forma di governo, del procedimento di formazione delle leggi, del ricorso eccessivo a decreti legge (l'urgenza comporta una cattiva redazione delle norme e un'istruttoria inadeguata, poi esarcebata dal ricorso in sede di conversione a un maxiemendamento votato con la fiducia, che non consente dibattito) e decreti legislativi, del rapporto tra politica e tecnica legislativa (se è difficile raggiungere un accordo politico, sono proprio le espressioni poco chiare, per la loro ambiguità, che ottengono il maggiore consenso), del rapporto tra politica e gruppi di interesse (le pressioni di regolati ed intermediari per ottenere norme a favore e/o per giustificare la propria esistenza è fattore di complicazione⁵¹), del rapporto tra legislativo ed esecutivo (la eccessiva tendenza a legiferare è richiesta anzitutto dall'amministrazione per avere copertura rispetto a possibili responsabilità⁵²), della mancata programmazione (che costringe a legiferare sempre in tempi rapidi e senza adeguata riflessione), e così via. Ogni discorso sulla semplificazione risulta inadeguato, se non si sciolgono questi nodi di fondo.

L'intervento più noto di semplificazione normativa si è avuto con il c.d. *Taglia-leggi*⁵³, che ha operato sull'aspetto quantitativo delle disposizioni: l'intervento, di per sé interessante, non è stato particolarmente efficace, tra l'altro sia perché sono state abrogate disposizioni che di fatto esistevano solo sulla carta (in quanto obsolete, tacitamente abrogate o non prescrittive), e quindi con un beneficio solo virtuale, sia perché l'operazione è stata effettuata senza coinvolgimento delle amministrazioni potenzialmente interessate, sia per i no-

⁵⁰ Si è rivelata un fallimento la richiesta alle amministrazioni centrali di comunicare la programmazione trimestrale dei provvedimenti normativi al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, il quale poi avrebbe redatto l'«Agenda dei provvedimenti normativi» (dir. P.C.m. 26.2.2009).

⁵¹ N. RANGONE, *cit.*

⁵² Secondo A. POLICE, *cit.* la semplificazione amministrativa è semplicemente impossibile perché impone di concentrare le responsabilità in soggetti che ne rifuggono e che per questo chiedono o la loro condivisione (e quindi un procedimento più complesso) o l'abdicazione in favore della legge.

⁵³ Art. 14 della l. 246/2005, ghigliottina per gli atti legislativi anteriori al 1970.

tevoli errori che hanno minato la potenziale efficacia dell'operazione⁵⁴.

Altro elemento significativo di semplificazione è stata la codificazione e la redazione di testi unici⁵⁵, che ha vissuto una rinascita agli inizi del millennio, qualche sporadico tentativo nel corso dell'ultimo decennio⁵⁶, e che pare debba riprendere⁵⁷: si tratta di uno strumento di semplificazione utile, che ad esempio la Francia adotta con successo, in forza di un lunga e felice tradizione, che però, nuovamente, richiede sia notevoli capacità, in quanto la raccolta deve essere esauriente e coerente, sia un importante impegno, per garantire la stabilità delle norme ed evitare tendenze centrifughe.

Relativamente alla qualità dei testi normativi, al di là di quanto possa stabilire una norma⁵⁸, una migliore redazione delle leggi passa attraverso un perfezionamento delle capacità tecniche dei redattori delle leggi^{59,60}, sia a livello di politica che di amministrazione, e at-

⁵⁴ Sul punto la bibliografia è di una certa consistenza. Tra gli altri, N. LUPO, B.G. MARRATELLA, *Gli sviluppi del taglia-leggi: per ora, molta immaginazione e poca sostanza*, in *Studi parl. e di pol. Cost.*, 2008, f. 161-162, 7-40; P. CARNEVALE, *Per un tentativo di rilettura critica della c.d. manovra taglia-leggi*, *ibidem*, 2010, f. 170, 83-95.

⁵⁵ L'art. 17-bis della l. 400/1988 (introdotto dalla l. 69/2009) prevede la possibilità per il Governo, senza necessità di delega, di predisporre per le normative settoriali testi unici compilativi, eventualmente demandando l'elaborazione al Consiglio di Stato. L'art. 17, comma 4-ter autorizza poi permanentemente il Governo al periodico riordino delle disposizioni regolamentari vigenti: unico caso di attuazione, il d.P.R. 13 dicembre 2010, n. 248, per il quale si è usata l'espressione di c.d. Taglia-regolamenti, sul quale v. E. LENZI, *L'intreccio tra il ruolo delle fonti secondarie nella politica di semplificazione e le vicende del meccanismo 'taglia-leggi'*, *Federalismi.it*. Sul c.d. taglia-regolamenti, si v. anche la proposta contenuta nel d.d.l. S1577.

⁵⁶ Si vedano l'art. 20 della l. n. 59/1997, modificata dalla l. n. 229/2003, che prevede raccolte settoriali di norme regolamentari, e l'art. 14, l. n. 246/2005. Si è osservato che, secondo *Normattiva*, nel nostro ordinamento vigono 21 codici, 35 testi unici legislativi e 8 testi unici misti.

⁵⁷ Si vv. sul punto i codici previsti dai d.d.l. S1577 e S1678.

⁵⁸ Sulla qualità della legislazione sono previsti dall'art. 13-bis della l. 400/1988, (modificata dalla l. 69/2009) i «principi generali per la produzione normativa», vincolanti anche per la normativa di rango secondario.

⁵⁹ Le tecniche di *drafting* sono state definite mediante circolari dei presidenti della Camera, del Senato e del Consiglio dei ministri nel 1986, poi dai presidenti del Senato e della Camera nel 2001 (sull'istruttoria legislativa nel 1997) e dalla presidenza del Consiglio dei Ministri nel 2001 (sull'istruttoria direttiva 26.2.2009). Le direttive di tecnica legislativa, a livello regionale, sono state redatte nel 1992 (e modificate nel 2001 e nel 2006).

⁶⁰ In merito al rapporto Stato-Regioni, il 29.3.2007 è stato stipulato un Accordo in Conferenza unificata per conformare il processo normativo ai principi di qualità della

traverso l'uso effettivo e efficace di strumenti, usati invece poco e male, quali l'Analisi Tecnico Normativa⁶¹.

Anche soluzioni organizzative potrebbero essere molto utili: ad es. una *Law Commission* come quella di matrice anglosassone, con la finalità di eliminare legislazione sovrabbondante od oscura e avanzare proposte di legge⁶².

Rivestono poi una notevole importanza anche strumenti di semplificazione rivolti ai cittadini, quali la traduzione (se non è possibile la redazione) di norme in linguaggio corrente, il ricorso a indici leggibili, la predisposizione di strumenti atti a reperire le norme, sul quale terreno si sta procedendo con qualche risultato utile⁶³.

4. *La semplificazione dell'organizzazione amministrativa*

Con l'espressione semplificazione dell'organizzazione si intendono fenomeni molto diversi: principalmente si immagina una riduzione di enti, uffici⁶⁴, spesso creati od espansi senza un'adeguata ponderazione, mediante eliminazioni o accorpamenti (in chiave anzitutto di riduzione delle duplicazioni)⁶⁵, nonché mediante accentramento di funzioni, che, anzitutto a causa dell'attuale formulazione dell'art. 118, sono frammentate tra gli enti territoriali (si pensi alle

regolazione condivisi in ambito europeo e per il monitoraggio è stato istituito un Tavolo tecnico paritetico Stato-Regioni, con la partecipazione degli enti locali, costituito il 31.5.2010, di cui non si è avuta alcuna notizia. Con protocollo d'intesa tra Consigli regionali e Camere del 28.6.2007 è stato istituito il Comitato per il raccordo e lo scambio di esperienze, anche sui metodi della legislazione e lo sviluppo e il coordinamento delle tecniche di buona legislazione, il quale l'8.4.2011 ha costituito un gruppo tecnico di lavoro con il compito di unificare il manuale di *drafting* utilizzato dal Governo e dalle Camere con quello delle Regioni: nulla si sa di questo gruppo tecnico di lavoro, né dello stesso Comitato paritetico, se non che nel novembre 2013 si è ipotizzato un suo rilancio, estendendone l'ambito alla legislazione europea.

⁶¹ Introdotta a livello statale dalla dir.P.C.m. del 27.3.2000 e poi disciplinata con d.P.C.m. 10.9.2008; è diffusa anche a livello regionale.

⁶² M. D'ALBERTI, *La semplificazione tramite modifiche dell'organizzazione amministrativa*, Rapporto 2015, cit., 415.

⁶³ Si v. la banca dati gratuita *Normattiva.it*, un progetto che attinge dalla l. 388/2000, e disciplinato dal d.l. 200/2008, anche se non include ancora le fonti regionali.

⁶⁴ Si v. ad es. F. MERLONI, *Prime idee per una nuova discussione sulla semplificazione delle istituzioni democratiche*, *astrid-online.it*.

⁶⁵ Almeno 7000 enti tra regioni e comuni: *Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulla semplificazione legislativa e amministrativa*, 29.

proposte di diminuzione degli enti locali o, senza soppressione di enti, alla riduzione delle stazioni appaltanti)⁶⁶.

La semplificazione richiede un ripensamento a monte del rapporto tra politica e amministrazione, e del pubblico impiego, anzitutto con l'immissione di personale di più giovane età, che disponga di competenze in discipline diverse da quelle giuridico-economiche; richiede però anche un ripensamento dei modelli organizzativi, se è vero che sia strutturalmente fonte di complicazione lo stesso modello ministeriale, accentrato, gerarchico, rigido, soggetto a duplicazioni e incertezze⁶⁷.

Si auspica inoltre che vi sia la istituzione di punti unici di dialogo con cittadini/imprese che, in costanza di procedimenti complessi per l'elevato numero di *sub*-procedimenti e di amministrazioni coinvolte, svolgano nelle retrovie l'attività istruttoria, apparendo all'utente come un unico soggetto: in questo senso si pensi anzitutto a portali *internet*⁶⁸.

Molte aspettative sono riposte negli istituendi Uffici Territoriali dello Stato (ex Prefetture-Uffici territoriali del Governo), configurati dal DDL S1577 quali sedi di confluenza di tutti gli uffici periferici delle amministrazioni statali e quali unici punti di contatto tra amministrazione e cittadini, con poteri peraltro di partecipazione alle Conferenze di servizi.

Non hanno invece sinora dato i frutti sperati i SUAP (Sportelli Unici delle attività produttive)⁶⁹, i quali hanno un'ottima diffusione, ma funzionano bene in pochissime realtà, in quanto sono sordinati, non acquisiscono d'ufficio i documenti, praticano la digitalizzazione come una semplice traduzione informatica dei documenti tradizionali e non nel senso dell'automazione del procedimento⁷⁰.

⁶⁶ F. MERLONI, *Brevi note in tema di semplificazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche*, *Rapporto 2015*, cit., 422.

⁶⁷ F. BASILICA, F. BARAZZONI, cit., 66. Solo come esempio, si è proposto di istituire un ufficio di pianificazione all'interno delle strutture di diretta collaborazione dei ministeri, nonché di attribuire funzioni di coordinamento interno ed internazionale alla Presidenza del Consiglio: in M. D'ALBERTI, cit., la prima proposta 410, la seconda 412.

⁶⁸ OCSE, *Why is Administrative Simplification so complicated?*, 25.

⁶⁹ D.lgs. n. 112/1998; d.P.R. 447/1998; d.lgs. 59/2010; d.P.R. 160/2010.

⁷⁰ Su digitalizzazione e semplificazione, si v. F. SATTA, P. CIOCCA, *La dematerializzazione dei servizi dell'Amministrazione. Un'introduzione economica e gli aspetti giuridici del problema*, *Dir. amm.*, 2008, 283; si v. anche A. NATALINI, *La semplificazione e l'amministrazione digitale*, *Giorn. dir. amm.*, 2008, 105.

La creazione di un unico punto di accesso lascia però intatto il quadro delle competenze⁷¹: questa è la ragione del fallimento dell'istituto delle «zone a burocrazia zero»⁷², strumento però non abbandonato e dal quale si attendono risultati positivi per il futuro.

Potrebbe inoltre avere un senso la creazione di organi di missione per la realizzazione di singole infrastrutture⁷³.

Vale la pena ricordare anche il ruolo degli intermediari, ai quali già si è accennato, che in realtà, se pure si pongono come facilitatori, sono effetto delle complicazioni, e spesso ne traggono linfa: è da sorvegliare con attenzione il ruolo delle Agenzie per le imprese, organismi privati abilitati a gestire pratiche per le attività economiche⁷⁴.

La semplificazione è favorita anche da strumenti, quali la digitalizzazione, che si ritiene possa aiutare il cittadino nel dialogo con l'amministrazione e le amministrazioni tra di loro, per il reperimento

⁷¹ C. cost. 376/2002.

⁷² L'art. 43, d.l. 78/2010, conv. in l. 122/2010, prevedeva che per le iniziative produttive nascenti in alcune zone, sostanzialmente meridionali, c.d. a burocrazia zero (ZBZ), i provvedimenti su istanza di parte (non di natura tributaria, di pubblica sicurezza e di incolumità pubblica) venissero adottati da un Commissario di Governo, con il ricorso al silenzio-assenso, decorsi trenta giorni dall'avvio del procedimento. La norma fu dichiarata incostituzionale con sent. 232/2011 per i procedimenti amministrativi di competenza regionale. Con la legge di stabilità 2012 (183/2011) al Commissario di Governo è subentrato l'Ufficio locale del Governo, presieduto dal prefetto e composto da un rappresentante di Regione, Provincia, Città metropolitana e Comune interessato, ma i provvedimenti attuativi non sono mai stati adottati. Il d.l. 179/2012 prevede l'individuazione di ZBZ sulla base di convenzioni previste dal decreto «Semplifica Italia» (l. 35/12) in aree non soggette a vincolo paesaggistico-territoriale o storico-artistico: sarebbero stati coinvolti Suap e conferenze di servizi telematiche, con applicazione del silenzio assenso dopo 30 giorni dall'avvio delle richieste aziendali. Non sono state stipulate convenzioni, anche perché le procedure semplificate non potrebbero comunque riguardare fisco, tributi, ps e/o pubblica incolumità. Il d.l. «fare» (l. 98/13) ha esteso la sperimentazione al territorio nazionale e previsto l'adozione di un Piano Nazionale delle ZBZ, mai redatto, anche perché è difficile individuare aree non soggette a vincolo. Si v. G. COINU, *Semplificazione amministrativa e «zone a burocrazia zero»: quando il troppo stropia*, *Le Reg.*, 2012, 311.

⁷³ Si v. *Rapporto 2015*, cit., 183.

⁷⁴ Quando si prevede che le verifiche delle amministrazioni non si applichino nel caso di Scia corredata da dichiarazione di conformità rilasciata dalle Agenzie o si affidano in via generale i controlli alle Agenzie, si attribuiscono poteri in relazione alle conferenze dei servizi, si discrimina tra questi e altri intermediari, e si corre il rischio di pregiudicare l'interesse pubblico: si v. A. NATALINI, *La semplificazione dei mille giorni*, 2ª parte, *nelmerito.com*.

di informazioni, l'uso di banche dati, la condivisione di dati, al di là dei positivi riflessi che possono discendere anche per l'attività e la legislazione⁷⁵.

A monte però l'organizzazione – anche nell'ottica della semplificazione – muta anzitutto in funzione della fissazione del punto di equilibrio tra «pubblico» e «privato»: si pensi alla razionalizzazione delle società in partecipazione⁷⁶ o all'affidamento a privati dell'esercizio di pubbliche funzioni, quest'ultimo sulla base del principio di sussidiarietà c.d. orizzontale *ex art.* 118 ult. Comma Cost. Si tratta di temi fortemente dibattuti, che coinvolgono e le diverse impostazioni su quale sia il nucleo dei compiti che lo Stato dovrebbe assumere in prima persona, e questioni pratiche, derivanti dalla necessità di garantire che i privati svolgano le funzioni loro assegnate in maniera rispettosa delle regole, efficiente e non discriminatoria.

5. *La semplificazione dell'attività amministrativa*

Il terzo profilo, sul quale maggiore è stata l'attenzione, concerne l'attività della pubblica amministrazione.

La riduzione del numero dei procedimenti, degli oneri procedurali, degli ostacoli frapposti dall'amministrazione sono il cuore di quest'area. Se è condivisibile che semplificazione non significhi accelerazione del procedimento ma intervento per implementare la razionalità nel procedimento⁷⁷, quest'ultima deve investire il procedimento nel suo complesso: una semplificazione solo a pezzi e non sull'intero processo infatti può comportare un veloce rilascio di un permesso rallentato poi dalla fase dei pareri.

In primo luogo si tende a eliminare, laddove possibile, l'intermediazione dell'amministrazione, in particolare nella fase di avvio di un'attività: il che implica evidentemente l'estensione degli oneri e delle responsabilità in capo al soggetto privato⁷⁸, e l'adozione di strumenti quali l'autocertificazione. Si sposta l'asse dall'amministrazione alla legge: il fenomeno della riduzione della discrezionalità (ritenuta

⁷⁵ Sia consentito il richiamo a F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, 28.

⁷⁶ M. D'ALBERTI, cit., 413.

⁷⁷ F.G. SCOCA, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove Autonomie*, cit., 558.

⁷⁸ P. LAZZARA, cit., 544.

fonte di incertezza, di protezionismo e corruzione) dell'amministrazione viene perseguito attraverso una regolazione molto dettagliata *ex ante*, una semplice verifica dei presupposti e dei requisiti da parte dell'amministrazione, se non addirittura in automatico a seguito di una semplice dichiarazione dell'operatore.

L'esempio più estremo è costituito dalla SCIA-DIA che consente, con una semplice comunicazione all'amministrazione, di intraprendere un'attività economica. In questo caso il ruolo dell'amministrazione è di semplice controllore *ex post*. Lo strumento ha trovato delle difficoltà di attuazione per l'assenza di un'elencazione delle ipotesi di applicazione, per l'incapacità dell'amministrazione di effettuare controlli adeguati, per la problematicità della tutela del terzo⁷⁹.

Nella prospettiva della semplificazione opera anche il silenzio assenso, che contrasta possibili atteggiamenti ostruttivi dell'amministrazione, tra l'altro eventuali fonti di corruzione: in questo caso l'istituto opera certamente in funzione della certezza. L'istituto però da un lato è pericoloso, dall'altro non conveniente: sotto il primo profilo, esso tradisce l'idea che sia un bene la decisione, al di là del suo contenuto⁸⁰; sotto il secondo, non vi è dubbio che per l'operatore, anche ai fini del rapporto con gli istituti di credito, sia preferibile potere disporre di un provvedimento espresso favorevole. Il silenzio assenso risulta inaccettabile quando sostituisce provvedimenti ad elevato di discrezionalità⁸¹, perché in questo caso risultano sacrificati sull'altare dell'efficienza interessi pubblici. Si sente invece la mancanza di un'applicazione dell'istituto anche tra le amministrazioni.

In altri casi, in cui l'intermediazione dell'amministrazione è indispensabile, perché l'amministrazione eserciti in maniera corretta la propria discrezionalità è anzitutto necessario che i funzionari siano competenti (il che riporta al tema dell'organizzazione); per una semplificazione efficace appare però importante a monte una distinzione dei procedimenti e degli oneri in capo ai soggetti a seconda delle dimensioni delle attività, degli interessi coinvolti, del fatto che si tratti

⁷⁹ La bibliografia sul tema è sterminata. Tra i saggi recenti di una certa consistenza, E. ZAMPETTI, *D.I.A. e S.C.I.A. dopo l'Adunanza Plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, *Dir. amm.*, 2011, 811.

⁸⁰ E. SCOTTI, *La conferenza di servizi*, *Rapporto 2015*, cit., 339.

⁸¹ A partire da C. cost. 26/1996.

del rilascio di un'autorizzazione o di un rinnovo, del comportamento virtuoso dell'operatore⁸².

In secondo luogo gli strumenti devono operare affinché l'amministrazione assuma un atteggiamento cooperativo e corretto. Su questo tema c'è ancora molto da riformare. Nel capo della 241 relativo alla semplificazione si veda la conferenza di servizi, la quale mette intorno ad un tavolo tutte le amministrazioni coinvolte in un procedimento, obbligandole a motivare in chiave costruttiva gli eventuali dissensi e vietando loro di rimanere silenti. Peccato che lo strumento non abbia mai funzionato adeguatamente, per la complessità della procedura, per il potere di veto, per l'esclusione dei privati, per la quantità di prescrizioni che le amministrazioni impongono in sede di conferenza. Sono peraltro problematici alcuni espedienti di semplificazione previsti per la conferenza, non solo quando effettuano la degradazione di competenze a meri interessi, ma quando si prevedono automatismi che superino la stessa protezione dell'interesse⁸³.

Si veda poi, sempre nell'ottica della collaborazione, lo strumento degli accordi, i quali consentono una regolazione efficace, in quanto condivisa con il regolato, anche tra amministrazioni, e costituiscono uno strumento deflattivo del contenzioso, sebbene non sia affatto esente da rischi in termini di imparzialità l'adozione di un modello di attività di amministrazione concordata di volta in volta col singolo amministrato⁸⁴.

Si pensi inoltre alla partecipazione, istituito generale nella 241, che, se può tradursi in un adempimento puramente formale, senza alcun effetto sulla decisione dell'amministrazione, potrebbe assumere un ruolo ancora più importante, se si introducesse il *dèbat public* per le opere di una certa rilevanza, con un procedimento semplificato per il promotore che accogliesse le proposte emerse dal dibattito⁸⁵.

Si traduce ancora indirettamente in uno strumento di semplificazione l'apposizione di limiti al ripensamento, previsti nelle riforme in atto, in quanto l'amministrazione, a causa di un'inadeguata istrut-

⁸² Si v. già *From Red Tape*, cit., 39.

⁸³ E. SCOTTI, cit., 336.

⁸⁴ Si v. sul tema degli accordi e della semplificazione, F.G. SCOCA, cit., 57.

⁸⁵ P. CHIRULLI, *Istituti di partecipazione e semplificazione amministrativa*, *Rapporto 2015*, cit., 311, in part. 327. Si v. il ddl S1845.

toria o dei controlli o della lungaggine del procedimento, troppo frequentemente ritorna sulle proprie decisioni, accrescendo la complicazione del procedimento⁸⁶.

È uno strumento inoltre utile il potere sostitutivo in caso di inerzia (che si tratti del potere di altro ente, come Regione o Consiglio dei Ministri, o del meccanismo di sostituzione interna previsto nella 241), e sarebbe opportuno un suo potenziamento⁸⁷.

Senza poi scendere nel dettaglio, tra i principi della 241 la semplificazione è presente, desumibile *a contrario*, come dovere di non aggravamento del procedimento⁸⁸: nella stessa legge sono presenti diversi strumenti per superare ostacoli altrimenti insormontabili (dal meccanismo di sostituzione interna ora citato all'obbligo di risarcire il ritardo nell'adozione del provvedimento, in chiave non solo repressiva ma evidentemente propulsiva, alla possibilità per l'amministrazione di procedere anche in assenza di pareri obbligatori e valutazioni tecniche non forniti entro un determinato termine⁸⁹), a tacere di altre norme che indicano come si debba comportare l'amministrazione (ad es. la disposizione del 2011, inapplicata, che prevede l'obbligatoria acquisizione d'ufficio dei documenti detenuti da altre amministrazioni⁹⁰).

6. *Le parole d'ordine: interessi, oneri, responsabilità, comunicazione*

Nel riannodare i fili del discorso, devono essere sottolineati i quattro profili che sembrano più importanti perché la semplificazione possa essere effettiva.

In primo luogo alcuni istituti, quali la conferenza di servizi, pongono poi un problema di fondo, relativo al ruolo che rivestono gli interessi coinvolti: al di là di alcuni di essi, ai quali viene assegnato una primazia rispetto ad altri, ogni interesse, soggettivizzato in un'amministrazione, risulta normalmente avere dignità pari ad altro

⁸⁶ *Rapporto 2015*, cit., 600.

⁸⁷ Si pensi, ad esempio, al meccanismo di sostituzione interna, su cui A. COLAVECCHIO, *Semplificazione amministrativa e tempestività nella conclusione dei procedimenti*, *Rapporto 2015*, cit., 363, in part. 374.

⁸⁸ F. SAIITA, *Del divieto di aggravamento ventitré anni dopo (ovvero dell'intramontabile discrezionalità istruttoria dell'amministrazione procedente)*, *Dir. e soc.*, 2013, 465.

⁸⁹ V. artt. 2, 2-bis, 16, 17.

⁹⁰ Art. 15, l. 183/2011.

interesse, con la possibilità di impedire la realizzazione di un'opera o il rilascio di un'autorizzazione, e in questa situazione non risulta risolutivo neppure il potere sostitutivo⁹¹. A monte va effettuata una verifica dell'indispensabilità di alcuni interessi rispetto al singolo procedimento, e quindi operata una selezione degli stessi. Si è così ipotizzato di provvedere a forme di gerarchizzazione degli interessi, o di composizione *ex ante* degli stessi, ad esempio consentendo che l'amministrazione precedente abbia la responsabilità della conclusione del procedimento, o che l'intervento di ogni amministrazione sia de-rubricato al ruolo di parere, o che sia ridotto il ricorso a concerti e intese non indispensabili⁹². In ogni caso, ciò che da più parti si chiede è un cambiamento di mentalità delle amministrazioni, che si preoccupano più di tutelare in chiave difensiva che di supportare e promuovere attività che valorizzino l'interesse ad esse affidato.

In secondo luogo, ogni onere che viene chiesto al cittadino o all'operatore economico è considerato un costo, anche per l'amministrazione⁹³. Nel confronto e nella competizione tra ordinamenti, diventa importante evitare che i costi siano troppo onerosi o aumentino in occasione di interventi riformatori. L'onerosità peraltro spesso non è proporzionata al tipo di attività e alla dimensione dell'impresa. Proprio per questo motivo, in molti ordinamenti, sulla base dell'impulso europeo⁹⁴, viene effettuata un'attività di Misurazione degli Oneri Amministrativi (MOA⁹⁵) in capo a cittadini e im-

⁹¹ *Rapporto 2015*, cit., 21.

⁹² Si v. sul tema F. SATTÀ, *Proposte per la semplificazione*, nonché *È possibile semplificare?*, e *Liberalizzare e semplificare*, pubblicati su *Apertacontrada.it*.

⁹³ All'inizio onere amministrativo è inteso come obbligo informativo, poi diventa qualunque costo.

⁹⁴ Comunicazione della Commissione, *Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the European Union*, COM (2007) 23 final.

⁹⁵ Art. 25, l. n. 133/2008. Sulla base del d.l. n. 5/2012, con d.P.C.m., previa intesa in sede di Conferenza unificata, è stato redatto il Programma 2012-2015 di riduzione e misurazione degli oneri, includendo non solo gli oneri amministrativi ma tutti gli oneri di regolazione; essa riguarda imprese e cittadini con particolare attenzione alla riduzione dei tempi, alla riduzione degli oneri amministrativi gravanti sulle amministrazioni pubbliche, alla misurazione e alla riduzione dei tempi dei procedimenti e degli oneri regolatori gravanti su imprese e cittadini, inclusi gli oneri amministrativi. Le attività di misurazione sono svolte dalla *Task force* MOA dell'Ufficio per la semplificazione amministrativa del Dipartimento della Funzione Pubblica, con l'assistenza tecnica dell'ISTAT, utilizzando la metodologia, adottata dalla Commissione europea, dello *Standard Cost Model*.

prese, e alla stessa seguono programmi e interventi legislativi di riduzione degli stessi. Alla medesima funzione possono essere associati anche i già citati strumenti dell'AIR e della VIR.

Al controllo degli oneri amministrativi risponde anche la logica del divieto di *gold plating*⁹⁶: nella trasposizione del diritto comunitario è fatto divieto ai regolatori nazionali di prevedere oneri ulteriori rispetto a quelli imposti dal diritto comunitario; si vietano, in altre parole, complicazioni. La logica è stata condivisa anche nell'ordinamento nazionale, in quanto nelle nuove discipline si stabilisce che per ogni onere che si ritenga di introdurre, ne occorra eliminare uno esistente, anche se, in fin dei conti, si tratta di una condivisione formale e non sostanziale⁹⁷. La comparazione degli oneri amministrativi avviene peraltro anche rispetto ai livelli infra-statali: l'indicazione a livello nazionale di linee guida, l'adozione di moduli o formulari unificati dovranno servire ad evitare per il futuro che gli oneri che gravano sui privati siano differenti o abbiano un diverso impatto tra regioni, province, o comuni, come avvenuto sinora⁹⁸.

In terzo luogo, se la semplificazione certamente chiama in causa la responsabilizzazione del cittadino e dell'impresa, diventa centrale il tema dei controlli, accennato con riferimento alla SCIA: l'elimina-

⁹⁶ V. Risol. Parl. Eur. 2011/2029(INI); gli artt. 14, comma 24-*bis* (e ss.) della legge n. 246/2005; art. 15 della l. n. 183/2011, art. 32 l. 234/2012.

⁹⁷ Gli artt. 7 e 8 della l. 180/2011 si occupano di riduzione e trasparenza degli adempimenti amministrativi a carico di cittadini e imprese e di compensazione degli oneri regolatori, informativi e amministrativi. Il d.l. 5/12 (poi l. 357/12) ha introdotto all'art. 3 lo *stock* regolatorio: alle amministrazioni statali è dato il compito di eliminare, su base annua, un ammontare di oneri a carico di cittadini e imprese almeno pari a quello degli eventuali oneri di nuova introduzione.

⁹⁸ A. NATALINI, *La semplificazione dei mille giorni, nel merito.com*. Il d.l. n. 90/2014 promuove l'adozione di modelli unificati e standardizzati per la presentazione di istanze, richieste e autorizzazioni da parte dei cittadini: le amministrazioni statali devono predisporli entro 180 giorni. La Conferenza unificata provvederà all'adozione dei modelli in materia di edilizia (*ex* Semplifica Italia) e di avvio delle attività produttive (2010). In materia ambientale il modello è unico, ma i moduli possono essere diversi. Il problema è che si tratta di standardizzazione, non di uniformazione e semplificazione degli adempimenti: per questo sono richiesti un continuo aggiornamento, nonché l'incentivazione e il sanzionamento delle amministrazioni. Per superare questi problemi l'A. propone una modifica della Costituzione che statalizzi la disciplina degli adempimenti previsti per i procedimenti, pur se essi ricadono nella competenza normativa delle autonomie territoriali. Su semplificazione e ambiente si v. F. DE LEONARDIS, *Semplificazioni e ambiente, Rapporto 2015*, cit., 431.

zione di controlli *ex ante* deve essere bilanciata da efficaci e penetranti controlli *ex post*^{99, 100}. Attualmente i controlli invece sono inefficienti, casuali, costituiscono occasione di prevaricazioni. L'approccio suggerito a livello internazionale prevede una strategia per i controlli fondata sull'analisi del rischio. Salvi casi residuali, i controlli dovranno essere programmati, dai contenuti prevedibili, improntati ad un atteggiamento collaborativo dell'amministrazione, trasparenti¹⁰¹.

Da ultimo, è particolarmente importante il profilo della comunicazione istituzionale. L'OCSE ha osservato che i pur notevoli sforzi impiegati dagli Stati per la semplificazione non sono adeguatamente percepiti da cittadini ed imprese, sia perché l'impatto, che a livello generale può essere significativo, poi nel dettaglio viene a risultare irrilevante, sia perché i risultati non possono essere percepiti nell'immediato¹⁰².

⁹⁹ Il fenomeno della misurazione tra diversi oneri degli enti locali è rilevante anche perché le Regioni non hanno dati relativi all'esercizio del potere autorizzatorio locale.

¹⁰⁰ Sia permesso richiamare sul tema F. COSTANTINO, *I controlli sulle imprese. Chi controlla i controllori?*, *Rapporto 2015*, cit., 393.

¹⁰¹ Il d.l. 5/2012, convertito con la l. 35/2012, all'art. 14 prevede la razionalizzazione delle procedure di controllo. Sono mancati i provvedimenti attuativi. Nel frattempo però sono state determinate le linee guida.

¹⁰² OCSE, *Why is Administrative*, cit., 70.

Il principio di responsabilità nel settore dei beni e dei servizi

Luca Di Donna

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La responsabilità oggettiva del produttore di beni. – 3. La responsabilità per colpa del prestatore di servizi. – 4. Due modelli di responsabilità a confronto nella giurisprudenza.

1. *Premessa*

La funzione della responsabilità civile varia a seconda delle prospettive da cui la si considera e in base ai settori e alle materie che si prendono in considerazione, ma in fondo sottende una *ratio* comune a tutti i casi in cui si è verificata una perdita di valore, la lesione di un bene o di un interesse tutelato dall'ordinamento: la selezione di danni risarcibili, la prevenzione o *deterrence* dei comportamenti illeciti e, in definitiva, la tutela della vittima dell'atto illecito.

Le diverse esigenze di protezione dei danneggiati sono incise dalla natura della responsabilità, oggettiva o per colpa e, quindi, dagli elementi costitutivi dell'illecito e dai rimedi esperibili dal soggetto che lamenta il pregiudizio.

Coloro che si trovano in una posizione di mera soggezione rispetto alle valutazioni e alle decisioni di altri e che sono, perciò solo, maggiormente esposti al rischio di rimanere sopraffatti, necessitano di una tutela maggiore in termini di accesso alla giustizia, di ripartizione dell'*onus probandi* e di attuazione del diritto ad ottenere il ristoro dei danni subiti e il ripristino della situazione *qua ante*.

In materia di responsabilità civile, quindi, il percorso logico deve muovere dalla considerazione della finalità riparatoria e del livello di tutela che si intende garantire al danneggiato, per risalire alla costruzione del modello di responsabilità più adeguato al caso di specie¹.

Questo ragionamento deve essere applicato anche al caso della responsabilità del produttore di beni e a quello della responsabilità del prestatore di servizi, al fine di individuare, in entrambi i casi, il

¹ Per una prima ricognizione di questa problematica, si vedano le opere ormai classiche di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961 e S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

tipo di responsabilità (oggettiva o per colpa) più adeguato a tutelare gli interessi dei soggetti lesi.

Un contributo incisivo è stato dato al riguardo dall'*acquis communautaire*, che, attraverso le regole e la prassi diffusasi nei vari Stati membri dell'Unione europea, ha rivoluzionato il modello tradizionale di responsabilità civile, disegnato dai codici civili di matrice ottocentesca, suggerendo modelli alternativi di responsabilità, sempre più al passo con le nuove istanze sociali ed economiche.

In questo senso, per effetto delle direttive e dei regolamenti comunitari che si sono susseguiti nel tempo, dal modello di base sono gemmati diversi regimi di responsabilità, che si sono riprodotti e sono stati collocati all'interno degli apparati normativi nazionali per rispondere alle eterogenee richieste di tutela, o sono stati presi a modello per la revisione dei codici più risalenti, come è avvenuto in Francia².

Per tali ragioni, come si vedrà anche nel prosieguo, l'indagine sui nuovi confini della responsabilità civile deve essere condotta sulle *regole speciali*, che ne costituiscono ormai la struttura portante, per poi risalire alla regola generale, alla clausola di apertura della disciplina della responsabilità, contenuta nell'art. 2043 c.c.; quest'ultima, invero, deve essere letta come una regola che assolve alla funzione di colmare e ovviare alle lacune e alle imprecisioni lasciate dai regimi speciali della responsabilità³.

2. La responsabilità oggettiva del produttore di beni

In tema di responsabilità per danni derivanti a persone e/o a cose da prodotti difettosi, il legislatore comunitario, con la direttiva

² Si vedano, sulla riforma della disciplina delle obbligazioni del *Code Napoléon*, i tre progetti di revisione: 1) *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (Avant-projet Catala) (septembre 2005)*, in www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportcatalaseptembre2005.pdf; 2) *Le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie (juillet 2008)*, in www.chairejlb.ca/pdf/reforme_all.pdf; 3) *Le projet du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, sous l'impulsion de François Terré (décembre 2008)*, in F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, 2008.

³ G. ALPA (a cura di), *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, 159 ss.; M. BARCELONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 1 ss.; F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 41 ss.; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, 1 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, 190 ss.

n. 85/374/CEE e il legislatore nazionale, con il d.P.R. n. 224/88 – che ha attuato la normativa comunitaria nel nostro ordinamento giuridico e che è confluito nel Codice del consumo (artt. 114-127) – sono stati innovativi, poiché hanno introdotto un sistema di tutela del danneggiato e un meccanismo di protezione tecnicamente efficace e risolutivo⁴.

Tali interventi normativi hanno modellato il sistema con la previsione del principio della responsabilità oggettiva, che riconosce al soggetto leso la possibilità di richiedere ed ottenere il risarcimento dei danni pretesi attraverso la prova di alcuni soltanto dei requisiti prescritti dalla regola generale sulla responsabilità aquiliana.

Infatti, il danneggiato è sollevato dalla prova della colpa del produttore, in ossequio al considerando n. 2 della direttiva citata, secondo il quale «solo la responsabilità del produttore, indipendente dalla sua colpa, costituisce un'adeguata soluzione del problema, spe-

⁴ Al riguardo, la letteratura è copiosa: G. GHIDINI, *La responsabilità del produttore di beni di consumo*, Milano, 1970; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975; ID., *Circolazione dei prodotti e responsabilità del fabbricante in diritto nord-americano*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, 390 ss.; G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa*, Milano, 1980; P. TRIMARCHI, *La responsabilità del fabbricante nella direttiva comunitaria*, in *Riv. soc.*, 1986, 593 ss.; F. GALGANO, *Responsabilità del produttore*, in *Contr. impr.*, 1986, 995 ss.; G. ALPA, *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore. Tecniche e modelli a confronto*, in *Contr. impr.*, 1988, 573 ss.; G. ALPA, *La nuova disciplina della responsabilità del produttore*, in *Corr. giur.*, 1988, 781 ss.; G. ALPA, M. BIN, P. CENDON (a cura di), *La responsabilità del produttore*, Padova, 1989; A. DI MAJO, *La responsabilità per prodotti difettosi nella direttiva comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 21 ss.; S. PATTI (a cura di), *Il danno da prodotti, in Italia, Austria, Repubblica federale di Germania, Svizzera*, Padova, 1990; A. GORASSINI, *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Milano, 1990; AA.VV., *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Commentario a cura di R. Pardolesi e G. Ponzanelli, in *Nuove leggi civili commentate*, 1989; G. ALPA, U. CARNEVALI, F. DI GIOVANNI, G. GHIDINI, U. RUFFOLO, C.M. VERARDI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, 1990; C. Castronovo, *La legge europea sul danno da prodotti. Una interpretazione alternativa del d.P.R. n. 224/1988*, in *Dir. comm. internaz.*, 1990, 3 ss.; L. CORSARO, voce *Responsabilità civile*. 1) *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 13; U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Responsabilità del produttore e nuove forme di tutela del consumatore*, Milano, 1993; C. CASTRONOVO, voce *Danno da prodotti*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1995, 11 ss.; G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità del produttore*, IV ed. a cura di F. Toriello, Milano, 1999; R. PARDOLESI, *Difetti del prodotto e del diritto privato europeo*, in *Foro it.*, 2002, 295 ss.; F. CAFAGGI, *La responsabilità dell'impresa per prodotti difettosi*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di Diritto Privato Europeo*, IV, Padova, 2003, 515 ss.; M.A. GEISTFELD, *Principles of Products Liability*, New York, 2011.

cifico di un'epoca caratterizzata dal progresso tecnologico, di una giusta attribuzione dei rischi inerenti alla produzione tecnica moderna».

E lo stesso discorso vale, non solo per colui che fabbrica il prodotto finito, ma anche per il produttore della materia prima, di un suo componente, ovvero per tutti coloro che appongono il proprio nome, marchio, segno distintivo sul prodotto, presentandosi come produttore dello stesso⁵, nonché per l'importatore del prodotto difettoso.

Pertanto, il diritto al risarcimento del danno si configura nella sfera giuridica del danneggiato nel momento stesso del compimento dell'atto illecito e della verifica del c.d. danno evento; esso può essere esercitato nei confronti del produttore per il semplice fatto della produzione e della messa in commercio del bene difettoso, a prescindere dall'atteggiamento psicologico – dolo o colpa – che ha accompagnato la fabbricazione e la diffusione di questo prodotto.

Si tratta di un significativo alleggerimento dell'onere probatorio del consumatore, dovuto ad una maggiore consapevolezza del ruolo rilevante che le imprese svolgono sui mercati, in grado di orientare i bisogni dei consumatori e le scelte dei consumi e, pertanto, dell'esigenza, sempre più crescente, di tutelare i soggetti deboli da queste forme di condizionamento unilaterale dei consumi.

La situazione di pericolo che il produttore ha creato è sufficiente a legittimare la richiesta risarcitoria⁶ e, a tal fine, il consumatore è tenuto a provare soltanto il danno subito, il difetto del prodotto e il nesso di causalità intercorrente tra il difetto del prodotto e il pregiudizio⁷.

⁵ Art. 3, della dir. n. 85/374/CEE.

⁶ R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in *Studi in memoria di A. Torrente*, II, Milano, 1968, 1106.

⁷ Al riguardo, si veda il dibattito di U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974, 218 ss.; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, cit., 395 ss.; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, 734 ss. In giurisprudenza si vedano: Trib. Forlì, 25.11.2003, in *Foro it.*, 2004, 1631 ss.; Trib. Milano, 31.1.2003, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1151 ss.; Trib. Massa Carrara, 20.3.2000, in *Arch. civ.*, 2002, 343 ss.; Trib. Roma, 17.3.1998, in *Foro it.*, 1998, 3660 ss.; Giud. Pace Monza, 20.3.1997, in *Arch. civ.*, 1997, 876 ss.; Trib. Pesaro, 7.5.1996, in *Giur. merito*, 1997, 267 ss.; Cass. civ., 29.9.1995, n. 10274; Trib. Monza, 11.9.1995, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, 371 ss.; Trib. Milano, 13.4.1995, in *Danno e resp.*, 1996, 381 ss.; Trib. Monza, 20.7.1993, in *Giur. it.*, 1995, 323 ss.; Trib. Massa Carrara, 1.7.1989, in *Arch. giur. circol. e sin.*, 1990, 600 ss.

Alla responsabilità oggettiva del produttore è sottesa la teoria del rischio, che accolla all'imprenditore il rischio che dallo svolgimento dell'attività d'impresa possano derivare diversi pregiudizi, a prescindere dal grado di prudenza e di diligenza riposto dall'imprenditore nello svolgimento della sua attività⁸.

Ed allora appare ragionevole che i rischi collegati con le dinamiche dell'impresa e con la produzione gravino sull'impresa e non, invece, sul destinatario finale dei prodotti, poiché, come è stato sostenuto da parte della dottrina⁹, l'imprenditore crea il rischio e ne deve sopportare le conseguenze, includendo nel costo del prodotto l'effetto economico delle esternalità.

Invero, il fatto di svolgere un'attività, continuata e ripetitiva, finalizzata alla produzione di profitto impone di sopportare i rischi che questa attività comporta, e tra i rischi è ricompreso anche quello di cagionare danni a terzi.

Il modello di responsabilità oggettiva risponde, quindi, all'esigenza di ripartire tra le parti i rischi e i costi nella maniera ottimale e, in particolare, di gravare l'imprenditore del rischio di arrecare danni ai consumatori, in modo che i costi dell'attività d'impresa siano bilanciati con i profitti e non incidano esclusivamente sui consumatori.

Del resto, il danno, dopo essersi verificato, non può essere più rimosso e deve essere necessariamente risarcito e il risarcimento ha l'obiettivo, non di eliminare il danno, bensì di trasferirlo dal consumatore all'imprenditore¹⁰; con questa soluzione il legislatore ha, sostanzialmente, cercato di superare il problema della razionale distribuzione dei costi connessi ai danni¹¹.

Accanto alla funzione risarcitoria si colloca così anche la funzione deterrente, che scoraggia la immissione sul mercato di prodotti difettosi, non adeguatamente progettati, fabbricati o controllati, ovvero non adeguatamente presentati al pubblico mediante un apparato di informazioni completo e accessibile.

⁸ Al riguardo, cfr. F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 159-160. Sul principio del rischio di impresa, si veda P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., *passim*.

⁹ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 12-14.

¹⁰ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 9.

¹¹ G. ALPA (a cura di), *La responsabilità civile. Parte generale*, cit., 173 ss.

L'imputazione dell'obbligo risarcitorio senza l'individuazione di una colpa, ma per ragioni di oggettiva razionale distribuzione dei rischi si uniforma al principio di precauzione, che obbliga l'imprenditore ad assumere le cautele e a premunirsi di tutti gli strumenti idonei a prevenire il danno.

Il principio-responsabilità è dunque dissociato dal principio della colpa, da ogni valutazione di carattere morale e da ogni manifestazione di natura volitiva.

Ciò però non incondizionatamente. Il diritto comunitario non introduce un modello di responsabilità assoluta ma temperato: temperato dalla limitazione dell'area della responsabilità oggettiva al danno fisico alla persona, restandone escluso il danno morale e il danno alle cose, nonché il c.d. rischio dello sviluppo, al fine di evitare di accollare all'impresa un costo eccessivo, inclusivo dei difetti che non si sarebbero potuti scoprire al momento della immissione del prodotto sul mercato, tenendo conto dello stadio di sviluppo della scienze e della tecnica ad essa coevo.

Tali soluzioni e tali rimedi sono stati concepiti in un contesto storico caratterizzato dalla produzione e dal consumo di massa. Si tratta di beni di consumo aventi natura materiale, la cui produzione implica l'apporto intellettuale nella sola fase della progettazione.

Pertanto, è più difficile adattare queste regole ad un settore, qual è quello dei servizi, che, invece, nella maggior parte dei casi, è caratterizzato dalla immaterialità, dall'astrattezza e dal compimento di attività prevalentemente intellettuali.

3. *La responsabilità per colpa del prestatore di servizi*

Quando si parla di prestazione di servizi si fa riferimento ad una molteplicità di casi, tra cui i servizi professionali, i servizi bancari e assicurativi, i servizi finanziari, i servizi prestati dalle Autorità di vigilanza, nonché i servizi che vengono svolti dalle agenzie di rating¹².

In tutti questi casi, i prestatori di servizi possono venire a contatto con gli utenti in modi diversi: attraverso la conclusione di un

¹² M. ANDENAS, W.H. ROTH (eds.), *The Right to Provide Services in EC Law*, Oxford, 2002, 593 ss.; S. WEATHERILL, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford, 2003, 445 ss.; S. WEATHERILL, P. BEAUMONT, *EU Law*, London, 1999, 672 ss.; G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988, 413 ss.

accordo contrattuale o attraverso il mero contatto sociale, che può essere costruito in termini di rapporto contrattuale oppure extracontrattuale.

Spesso, le banche, gli intermediari finanziari, gli altri enti finanziari e finanche i professionisti, assumono per iscritto obblighi contrattualmente rilevanti nei confronti del cliente, il cui inadempimento è causa di responsabilità contrattuale ed obbliga la parte inadempiente a risarcire il danno arrecato alla controparte.

La natura oggettiva della responsabilità del debitore allevia l'onere probatorio del danneggiato che, invocando l'applicazione della disposizione prevista dall'art. 1218 c.c., può agevolmente ottenere la soddisfazione delle proprie pretese, adducendo la mera violazione di uno o più obblighi contenuti nel contratto impugnato e allegando la prova del danno lamentato.

Il vincolo derivante dal c.d. contatto sociale è stato equiparato, da parte consistente della dottrina e della giurisprudenza, al vincolo che deriva da un rapporto contrattuale, e ciò perché si tratta di fattispecie in cui il danneggiante è legato al danneggiato, non da un accordo contrattuale, bensì da un rapporto occasionale che grava però il danneggiato di un rischio specifico e ben definito; il rapporto che si instaura tra le due parti è socialmente tipico e qualificato, per cui da esso deriva in capo a ciascuna delle due parti un affidamento sul comportamento dell'altra parte, nonché obblighi precisi di protezione di determinati beni giuridici, e dalla lesione di tale affidamento e di tali obblighi si fa derivare la responsabilità¹³.

Laddove, tuttavia, i danni provengano da un comportamento posto in essere da tali soggetti al di fuori di un vincolo contrattuale, la tutela del danneggiato rimane ancorata alle prescrizioni contenute nella clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. e, perciò stesso, affidata alla prova degli elementi costitutivi dell'atto illecito, tra i quali rilevano, evidentemente, la colpa e il dolo.

A tale riguardo, non si può nascondere la maggiore difficoltà che incontra il danneggiante nell'ottenere il ristoro dei pregiudizi ingiustamente risentiti, poiché esso, il più delle volte, trattandosi di un

¹³ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, 443 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 197 ss.; critici M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 65 ss.; A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 77 ss.

mero risparmiatore o investitore non istituzionale, che riveste una posizione di debolezza, si trova a dover affrontare una vera e propria *probatio diabolica* nei confronti di operatori e soggetti economici che vantano sui mercati posizioni dominanti e/o comunque di privilegio e di maggiore forza.

Certamente il vuoto normativo deve essere colmato dall'opera dell'interprete, utilizzando gli strumenti e i principi della responsabilità civile poiché, come è stato autorevolmente sostenuto, i principi hanno il significato e il ruolo di «fondamenti e chiave di lettura delle norme, “proposizioni direttrici cui le regole rispondono”, come tali dotate di una forza espansiva, di capacità normogenetica e di concretizzazione del sistema giuridico, caratterizzate, nei loro contenuti, da una flessibilità dovuta appunto al fatto di essere esse stesse frutto di una, per certi versi inevitabile, “vaghezza combinatoria”»¹⁴.

Bisognerebbe, tuttavia, considerare la possibilità di ricorrere, anche per il settore della prestazione dei servizi, ad un tipo di responsabilità più stringente e più vicina alle esigenze di tutela dei soggetti danneggiati, magari graduandone il rigore a seconda dei diversi contesti a cui si applica.

Qui entra in gioco l'organizzazione dell'attività economica produttiva del servizio.

Se si tratta di impresa, non c'è ragione di distinguere il regime che governa la responsabilità del produttore di beni di consumo da quello del produttore di servizi.

Resta fuori da questa area lo svolgimento delle attività professionali, informate ad una preparazione culturale, etica e pratica assai peculiare (cfr. artt. 2229 ss. cc.)¹⁵, mentre vi sono incluse ad esempio le attività tecnologiche che si avvalgono dell'informatica, le attività di trasporto e quelle collaterali di natura logistica, quelle che implicano l'impiego di manovalanza, di strumenti e apparecchiature che avvicinano il “servizio” al “prodotto”.

¹⁴ A. JANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico*, relazione tenuta al convegno su *I principi nell'esperienza giuridica*, svoltosi a Roma, presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, nei giorni 14 e 15 novembre 2014.

¹⁵ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 15.1.2015, nel procedimento C-537/13, *Birutė Siba/Arūnas Devėnas*, ha ricordato che le libere professioni si caratterizzano per l'indipendenza e gli obblighi deontologici che gravano sui professionisti.

Ancora diverso è il discorso per quanto riguarda i prestatori di servizi finanziari ed, in generale, gli enti creditizi e i soggetti che diffondono sul mercato informazioni economiche, poiché questi svolgono un tipo di attività che è indirizzata alla massa dei risparmiatori e degli investitori, include un alto margine di rischio e, pur essendo il portato di un'attività intellettuale, spesso assai sofisticata, è organizzata in forma di impresa e, pertanto, può essere equiparata all'attività svolta dal produttore di beni.

Invero, tutti questi soggetti a diversi livelli hanno contribuito, con i loro comportamenti, a volte avventati e temerari, a causare la crisi economica che si è abbattuta sui mercati in questi ultimi anni e la mancanza di una adeguata previsione normativa, e soprattutto di rimedi efficaci ed incisivi, ha influito notevolmente sull'andamento negativo del sistema.

Diversi sono stati gli eventi che hanno segnato questo periodo, il crack Cirio Parmalat, i bond argentini, i titoli Lehman Brothers: tutti hanno arrecato danni economici ingenti agli investitori, che hanno accusato perdite di tutto o parte del capitale investito e hanno dovuto ripiegare in soluzioni giudiziali dagli esiti incerti e non sempre soddisfacenti.

Gli effetti pregiudizievoli che sono ricaduti sulla massa dei risparmiatori e degli investitori non sono stati impediti dalle scelte normative fatte in sede comunitaria, che hanno prevalentemente imposto agli operatori obblighi di comportamento e di informazione a favore degli utenti dei mercati.

L'informazione è senz'altro un bene fondamentale, che può ridurre il *gap* esistente tra gli operatori economici e gli investitori, ma non è sufficiente a garantire il livello di tutela che è richiesto dalla complessità dei titoli e dei prodotti collocati sui mercati¹⁶.

Sicuramente, la previsione di un regime di responsabilità oggettiva a carico dei soggetti che emettono titoli, degli enti creditizi e finanziari, degli enti di vigilanza e delle agenzie di rating, da un lato indurrebbe tali operatori a tenere comportamenti meno spregiudicati e più avveduti e a calcolare i rischi delle operazioni economiche con maggiore attenzione; dall'altro lato, favorirebbe le pretese risarcitorie degli utenti, ossia dei destinatari dei servizi finanziari e di co-

¹⁶ Sulla diffusione di informazioni economiche si veda G. ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, 177 ss.

loro che subiscono gli effetti delle operazioni economiche da quei soggetti poste in essere, poiché non li graverebbe di un eccessivo onere probatorio.

Tecnicamente, non è difficile introdurre nel nostro sistema l'equiparazione tra la responsabilità del produttore di beni e la responsabilità del prestatore di servizi, limitatamente ai servizi sopra individuati: ciò perché, in fin dei conti, i prodotti bancari e finanziari, al pari dei beni di consumo, sono connotati dalla serialità e sono espressione di un'attività che viene svolta in forma di impresa e, anche in questo settore, è possibile prevedere e calcolare i danni che potranno derivare dallo svolgimento dell'attività economico-finanziaria.

Applicando il principio già espresso da autorevole dottrina per la produzione di beni¹⁷, si può giungere alla conclusione che anche questi casi sono assoggettabili al sistema di imputazione della responsabilità che prescinde dalla prova dell'elemento psicologico e si basa su una razionale distribuzione dei profitti e delle perdite.

L'esempio delle agenzie di rating è significativo per comprendere i profili di criticità insiti nell'applicazione di un tipo di responsabilità fondata sul criterio della colpa.

Attraverso il *rating* le agenzie emettono giudizi sintetici sul merito di credito di un emittente e/o sul grado di rischio di un prodotto finanziario¹⁸, ed esprimono il voto sui debiti sovrani e sui titoli di enti pubblici e privati.

¹⁷ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 12-14.

¹⁸ Al riguardo, si vedano F. CAPRIGLIONE, *I «prodotti» di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? (Riflessioni a margine della crisi causata dai mutui sub-prime)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 53; A. PRINCIPE (a cura di), *Le Agenzie di Rating. Atti del convegno Salerno 8-9 novembre 2012*, Milano, 2014; S. MASULLO, *Investor Relations. Comunicazione finanziaria e marketing & financial management*, Milano, 2005; A. TROISI, *Le Agenzie di Rating. Regime disciplinare e profili evolutivi*, Padova, 2013; F. DRIGO, *La responsabilità delle agenzie di rating per il danno all'informato. L'esperienza statunitense*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 488; G. PRESTI, *Le agenzie di rating: dalla protezione alla regolazione*, in *Jus*, 2009, 67; M. TONELLO, *Le agenzie di rating finanziario. Il dibattito su un modello economico esposto al rischio di conflitto di interessi. Verso un sistema pubblico di controllo?*, in *Contr. impr.*, 2005, 933 ss.; M. ANDENAS, G. DEIPENBROCK, *Credit Rating Agencies and European Financial Market Supervision*, in *International and Comparative Corporate Law Journal*, 2011, 1 ss.; N. VÉRON, *Rate Expectations: What Can and Cannot Be Done About Rating Agencies*, in *Bruegel Policy Contribution*, 2011, 2; R.M. LASTRA, G. WOOD, *The Crisis of 2007-09: Nature, Causes, and Reactions*, in *Journal of International Economic Law*, 2010, 531 ss.; R.M. LASTRA,

Il linguaggio alfanumerico, che viene utilizzato per formulare il giudizio, rende il *rating* particolarmente comprensibile e gli consente un'ampia diffusione presso la massa degli investitori, i quali, nelle generalità dei casi e a prescindere dalle proprie competenze tecniche, lo utilizzano come *benchmark* prima di porre in essere qualunque operazione economico-finanziaria.

Per tali ragioni, il giudizio delle agenzie ingenera nei destinatari un affidamento ragionevole sulla quotazione e sul valore dei titoli valutati, orientandoli all'acquisto o alla cessione a seconda del suo contenuto¹⁹; è evidente, quindi, che un *rating* corretto fornisce all'investitore un'informazione sintetica e preziosa sulla reale condizione economico-finanziaria di un emittente o di un prodotto finanziario, mentre un *rating* erroneo o incompleto può fuorviare la valutazione dell'investitore ed indurlo ad assumere delle scelte controproducenti.

Per ottenere questo risultato, la soluzione più adeguata si deve necessariamente affidare ad un intervento legislativo che espressamente imputi alle agenzie di rating la responsabilità oggettiva per i danni cagionati dal giudizio erroneo, fuorviante o falso, che consenta all'investitore – da valutare qui come consumatore di servizi – di ottenere il ristoro dei suoi pregiudizi in modo quasi automatico, attraverso la semplice prova del danno subito e della derivazione causale di questo dal giudizio dell'agenzia; in tal modo, si alleggerirebbe notevolmente l'onere probatorio del danneggiato, sgravandolo da un ostacolo rilevante alla soddisfazione delle pretese risarcitorie.

La responsabilità oggettiva deve essere prevista dal legislatore, perché altrimenti risulta difficilmente ipotizzabile, soprattutto se

G. WOOD, *Responses to the Financial Crises*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2011, 307 ss.; P. CLERMONTÉL, *Le droit de la communication financière*, Paris, 2009; D.C. LANGEVOORT, *Global Securities Regulation after the Financial Crisis*, in *Journal of International Economic Law*, 2010, 799 ss.

¹⁹ F. CAPRIGLIONE, *I «prodotti» di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? (Riflessioni a margine della crisi causata dai mutui sub-prime)*, cit., 53; M. FANNI, *La finanza moderna ed il rating per lo sviluppo sostenibile*, in *Assicurazioni*, 2003, 199 ss.; C. SCARONI, *La responsabilità delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, in *Contr. impr.*, 2011, 767, nota 6; A. DE SANCTIS, *Il rating delle imprese ed i rischi di fallimento*, in *Foro tosc.*, 2003, 409 ss.; A. SACCO GINEVRI, *Le società di rating nel regolamento CE n. 1060/2009: profili organizzativi dell'attività*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 294, nota 15; F. DRIGO, *La responsabilità delle agenzie di rating per il danno all'informato. L'esperienza statunitense*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 488-489.

comparata ai tipi di responsabilità che sono attualmente previsti per i soggetti economici che, al pari delle agenzie, operano sui mercati finanziari, veicolando le informazioni economiche relative agli emittenti e ai titoli. Il riferimento corre, ovviamente, agli emittenti i prospetti informativi, nonché alle società di revisione e alle Autorità deputate alla vigilanza sui mercati.

In un sistema che è concepito e strutturato intorno al principio della responsabilità per colpa, è necessaria una novella che, nell'ottica della tutela degli operatori meno forti, attribuisca alla responsabilità dei danneggiati la natura oggettiva, sul presupposto che essi hanno partecipato alla circolazione delle informazioni errate o parziali e hanno contribuito ad indurre in errore gli investitori.

Il rischio deve essere così equamente ripartito e imputato alla parte che trae profitto dalla sua attività, secondo lo schema logico applicato alla responsabilità del produttore, che eleva il binomio profitto-rischio a criterio determinante nella ripartizione della responsabilità.

Pertanto, verificata nel contesto delle regole della responsabilità civile, la proposta di estendere anche alle banche e, in generale, agli intermediari finanziari, alle agenzie di rating, alle società di revisione, il regime della responsabilità oggettiva appare: equa, perché volta a rimuovere la discriminazione tra produttori di beni di consumo e produttori/intermediari di servizi finanziari; equilibrata, perché colloca il rischio dell'operazione economica sull'impresa anziché sul consumatore o utente; socialmente utile, perché giova alla parte più debole del rapporto; economicamente efficiente, perché, proteggendo il risparmio, rafforza la capacità di acquisto e quindi moltiplica le potenzialità economiche delle famiglie; moralmente apprezzabile, perché aggrava la responsabilità di chi distrugge il risparmio, valore costituzionalmente tutelato.

4. *Due modelli di responsabilità a confronto nella giurisprudenza*

L'analisi della giurisprudenza formatasi in materia di responsabilità del produttore di beni e del prestatore di servizi evidenzia le marcate differenze tra i due regimi di responsabilità, soprattutto in punto di onere della prova e di tutela del danneggiato.

Per la verità non sono numerose le pronunce che condannano il produttore al risarcimento dei danni subiti dal consumatore, e que-

sto probabilmente perché i giudizi sono stati estinti per effetto di accordi transattivi, che hanno evitato la pubblicità negativa che il prodotto o l'imprenditore danneggiante avrebbe subito dal deposito del provvedimento di condanna.

Ciononostante, i rimedi di cui il consumatore può disporre sono efficaci e incisivi, e gli consentono, da una parte, di riparare i pregiudizi economici che ha subito a causa del prodotto difettoso e, dall'altra parte, di impedire il perpetrarsi degli effetti negativi del danno. Si considerino alcuni casi recenti.

Un chirurgo aveva convenuto in giudizio il produttore di una pinza da taglio ad ultrasuoni, lamentando di aver subito un danno alla mano a causa della difettosità del prodotto.

Il Giudice di primo grado aveva rigettato la domanda, avendo rilevato che, da una parte, non era stata dimostrata che la pinza fosse difettosa e, dall'altro lato, non era stato provato il nesso di causalità tra il difetto del prodotto e il danno subito; la decisione era stata quindi impugnata e riformata dal Giudice del gravame che, per parte sua, aveva ritenuto assolto l'onere probatorio del danneggiato, sulla base del fatto che il prodotto fosse difettoso per presunzione e che, di conseguenza, fosse possibile desumere il collegamento causale tra il difetto ed il danno.

La Suprema Corte ha, tuttavia, cassato, con rinvio, la sentenza d'appello, riaffermando alcuni principi di diritto in tema di responsabilità del produttore, che servono a rafforzare le forme di tutela concepite dal legislatore a favore di colui che abbia subito un danno da prodotti difettosi, ma anche a contenere interpretazioni eccessivamente permissive²⁰.

La questione è degna di interesse, intanto per il fatto che la Cassazione ha riconosciuto l'applicabilità della disciplina della responsabilità del produttore – prescritta in linea di principio a tutela del consumatore – anche al c.d. consumatore esperto e, ancor di più, a tutte le persone fisiche che in qualche modo sono esposte, anche in maniera occasionale, al rischio derivante dal prodotto difettoso, compresi i cc.dd. utilizzatori professionali o imprenditoriali; di poi, per il fatto che ha confermato le soluzioni giuridiche raggiunte negli anni passati a presidio dei diritti dei danneggiati.

²⁰ Cass. civ., 29.5.2013, n. 13458.

A quest'ultimo riguardo, giova ricordare la principale agevolazione processuale prevista dall'art. 8 del d.P.R. n. 224/1988 – trasposto nell'art. 120 del Codice del consumo –, e richiamata dalla sentenza, ossia la ripartizione dell'onere probatorio a favore del danneggiato, che è esonerato dall'obbligo di provare l'elemento soggettivo dell'atto illecito e, quindi, la colpevolezza del soggetto danneggiante: «il che significa che spetta innanzitutto al soggetto danneggiato di dimostrare che il prodotto ha evidenziato il difetto durante l'uso, che ha subito un danno e che quest'ultimo è in connessione causale con detto difetto e che, una volta che il danneggiato ha fornito tale prova, grava sul produttore l'onere della prova liberatoria, consistente nella dimostrazione che il difetto riscontrato non esisteva quando ha posto il prodotto in circolazione ovvero che all'epoca non era riconoscibile come tale a causa dello stato delle conoscenze scientifiche e tecniche».

La Cassazione ha sottolineato questo tratto distintivo della responsabilità del produttore, che è concepito al fine di garantire una concorrenza equilibrata tra gli operatori, di favorire la libera circolazione delle merci e nell'ottica di una più efficace ed incisiva protezione del soggetto debole del rapporto, il quale, altrimenti, rimarrebbe invischiato nelle maglie della clausola generale della responsabilità civile. È curioso, tuttavia, come la Corte, muovendo da tali premesse, sia giunta ad inquadrare la responsabilità del produttore nell'ambito della responsabilità presunta, anziché della responsabilità oggettiva, sulla base del fatto che l'imputazione della responsabilità presuppone sempre la prova del difetto del prodotto e del nesso causale tra il danno ed il difetto e non tra il danno ed il prodotto²¹.

Ed è proprio con riguardo al concetto di difetto – così come adottato dall'art. 5 del d.P.R. citato, ora trasposto nell'art. 117 del Codice del consumo – che si intravedono quei limiti, di cui si parlava sopra, ad un'interpretazione troppo compiacente con le aspettative del danneggiato; in questo caso, il difetto non coincide con il vizio previsto dall'art. 1490 c.c., ossia con l'imperfezione del bene, bensì

²¹ Al riguardo, cfr. Cass. civ., 23.5.2013, n. 12665; Cass. civ., 15.3.2007, n. 6007, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1592 ss., con nota di M. GORGONI, *Responsabilità per prodotto difettoso: alla ricerca della (prova della) causa del danno*; in *Foro it.*, 2007, 2414 ss., con nota di A. PALMIERI, *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alle responsabilità per colpa?*

con il difetto di fabbricazione, ovvero con il caso di carenza di informazioni, ed è strettamente collegato al concetto di sicurezza²².

Per tale ragione, la Corte ha ritenuto che «il danno non prova indirettamente, di per sé, la pericolosità del prodotto in condizioni normali di impiego, ma solo una più indefinita pericolosità del prodotto di per sé insufficiente per istituire la responsabilità del produttore, se non sia anche in concreto accertato che quella specifica condizione di insicurezza del prodotto si pone al di sotto del livello di garanzia di affidabilità richiesto dalla utenza o dalle leggi in materia»²³.

Il livello di tutela previsto dalla giurisprudenza per i danneggiati da prodotti difettosi non è, allo stesso modo, assicurato a coloro che subiscono un danno dai prestatori di servizi e, pertanto, la responsabilità di quest'ultimi segue, non solo a livello normativo, un percorso diverso e meno rigoroso.

A tale riguardo, giova menzionare la decisione resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, del 21 dicembre 2011, nella causa C-495/10²⁴, che ha escluso l'applicazione della disciplina sulla responsabilità del produttore alla responsabilità di una struttura sanitaria che operi in qualità di prestatore di servizi.

Nel caso di specie, il danneggiato, il sig. Dutruieux aveva riportato delle ustioni durante l'intervento chirurgico svoltosi, in Francia, presso il Centre hospitalier universitaire di Besançon, a causa di un difetto del sistema di termoregolazione del materasso riscaldante su cui era stato adagiato durante l'operazione.

Trattandosi di danno provocato da una struttura universitaria classificata come ente pubblico, il Tribunal administratif de Besançon aveva accolto la richiesta risarcitoria del danneggiato e, per-

²² In tal senso già Cass. civ., 8.10.2007, n. 20985, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 789 ss., con nota di M. BASCHIERA, *Onere della prova e nesso di causalità: spunti di discussione in tema di responsabilità oggettiva del produttore di dispositivi medici*; in *Corr. giur.*, 2008, 813 ss., con nota di C. DI PALMA, *Responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la Cassazione riporta gli interpreti sul sentiero della strict liability*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 354 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato*.

²³ In tal senso, Cass. civ., 13.12.2010, n. 25116, in *Danno resp.*, 2011, 975 ss., con nota di L. FRATA, *La responsabilità per prodotto cosmetico difettoso: l'onere della prova e le «normali condizioni di impiego»*.

²⁴ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 21 dicembre 2011, n. 495, nel procedimento C-495/10, *Centre hospitalier universitaire de Besançon/Thomas Dutruieux, Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*.

tanto, la controparte aveva impugnato la sentenza dinanzi alla Cour administrative d'appel de Nancy, che, a sua volta, aveva rigettato l'appello, costringendo il soccombente a ricorrere al Conseil d'État, sul presupposto che la responsabilità per il danno dovesse essere imputata esclusivamente al produttore del materasso, in forza della relativa disciplina comunitaria e della normativa interna di attuazione.

Il Conseil d'État aveva, quindi, chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in ordine alla interpretazione della direttiva sulla responsabilità del produttore e, più specificamente, con riguardo alla compatibilità con la disciplina prescritta da tale direttiva della disciplina francese sulla responsabilità oggettiva delle strutture ospedaliere pubbliche.

La Corte di Giustizia ha affermato alcuni principi chiave sia con riguardo alla responsabilità del produttore di beni, sia con riguardo alla responsabilità del prestatore di servizi e, non da ultimo, al rapporto tra questi due regimi di responsabilità.

La sentenza precisa, infatti, che la direttiva n. 85/374/CEE riguarda solamente la responsabilità del produttore ed, eventualmente, quella del fornitore o dell'importatore del prodotto difettoso; di poi, che tale direttiva non si applica al caso di un utilizzatore/prestatore che, al fine di fornire determinate cure sanitarie ad un paziente, faccia uso di un prodotto che ha acquistato e che è poi risultato difettoso, poiché il prestatore non ha partecipato alla produzione, commercializzazione, fornitura o importazione del prodotto difettoso.

Tuttavia, a parere della Corte, uno Stato membro, nell'ottica dell'incremento della tutela del consumatore, può prevedere un regime di responsabilità oggettiva del prestatore di servizi, sempre che esso non pregiudichi l'applicabilità della disciplina sulla responsabilità del produttore.

In tal senso, il legislatore nazionale deve preservare la possibilità di applicare la normativa sulla responsabilità del produttore, quando ne ricorrono i presupposti, e quindi assicurare al prestatore di servizi – che viene chiamato a rispondere oggettivamente dei danni cagionati dal prodotto che ha usato nell'esercizio della sua attività – gli strumenti idonei, come l'azione di regresso, per rivalersi nei confronti del produttore del bene difettoso.

Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO)

Alberta Fabbriotti

SOMMARIO: 1. Premessa: rilevanza del principio di precauzione nella disciplina degli scambi commerciali internazionali. – 2. La normativa pertinente del WTO: dal GATT 1947 agli Accordi di Marrakech del 1985. – 3. La giurisprudenza degli organi per la soluzione delle controversie del WTO. – 4. (*Segue*) Sulla natura giuridica del principio.

1. *Premessa: rilevanza del principio di precauzione nella disciplina degli scambi commerciali internazionali*

Il principio di precauzione si è andato affermando nell'ambito del diritto internazionale – e spesso ancor prima, nei diversi ordinamenti nazionali¹ – sotto la spinta di istanze di salvaguardia ambientale. Nella sua originaria formulazione, esso sta in sostanza ad indicare che, in presenza di situazioni in cui un'attività potrebbe essere potenzialmente pericolosa a causa del suo impatto sull'ambiente ma che sull'entità di tale impatto non esiste alcuna certezza scientifica, tale attività deve essere evitata a titolo di precauzione.

Non sorprende perciò che il principio abbia trovato una sua precisa collocazione formale soprattutto in alcuni trattati e dichiarazioni internazionali in materia di tutela ambientale². La stessa Unione

¹ Le origini del principio precauzionale sembra vadano ricollegate a concetti del diritto interno di alcuni Stati, soprattutto europei, in particolare a quello tedesco di *Vorsorgeprinzip*, normalmente tradotto in italiano come principio di «precauzione» o di «previdenza», che assurge nei primi anni '70 a principio fondamentale del diritto ambientale tedesco da bilanciarsi con i principi di fattibilità economica.

² Esso è stato inizialmente incorporato in un gran numero di documenti di natura politica, come la Carta Mondiale della Natura, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1982. Il principio è stato successivamente riconosciuto in alcuni strumenti giuridici internazionali quali ad esempio il Protocollo di Montreal del 1987 (preambolo), la Convenzione di Bamako del 1991 relativa al divieto di importazioni in Africa e al controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi tra gli Stati africani, la Convenzione UNECE del 1992 sulla protezione e l'uso dei corsi d'acqua e i laghi internazionali e la Convenzione, sempre del 1992, sulla diversità biologica (che oggi conta 193 parti contraenti). Inoltre, il principio è stato promosso dalla Conferenza di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo, durante la quale è stata adottata la Dichiarazione di

europea ancor oggi menziona espressamente il principio in una sola disposizione dei trattati, quella dell'art. 191.2 TFUE relativo alla tutela dell'ambiente. Come è noto, tuttavia, il principio ha assunto con il tempo e nella pratica una portata assai più estesa, tale da ricoprire la protezione dei consumatori e della salute umana e animale³.

Il principio di precauzione ricopre ormai una rilevanza fondamentale anche nel sistema multilaterale degli scambi commerciali che fa capo all'Organizzazione Mondiale del Commercio – *World Trade Organization* (WTO) ed è anzi proprio in tale contesto che esso «combatte la più aspra battaglia per la sua stessa sopravvivenza»⁴. La precauzione si trova qui a sfidare ben più consolidati principi e regole – in generale, il libero mercato, la libera concorrenza, la non discriminazione commerciale – che sono il frutto di una logica completamente opposta, e vale a dire quella del profitto e dello sviluppo economico basato sull'aumento degli scambi commerciali.

Data la portata pressoché universale del WTO, risultano poi evidenti in questo contesto le profonde differenze che esistono tra Stati membri riguardo alla protezione dell'ambiente, della salute o dei consumatori. Queste differenze si acquiscono in ragione degli enormi interessi economici sottostanti (basti pensare al fatto che due membri del WTO, pur simili dal punto di vista del livello di sviluppo economico e sociale, quali gli Stati Uniti e l'Unione europea, possano avere un atteggiamento diverso riguardo alla «carne agli ormoni», venduta liberamente negli Stati Uniti e vietata nell'Unione europea). Evidentemente, gli Stati membri che adottano misure di salvaguardia più incisive incorrono facilmente nell'accusa, rivolta loro da altri Stati membri per così dire meno «prudenti», di utilizzare tali misure con il larvato scopo di impedire o limitare le loro importazioni, favorendo i produttori na-

Rio, che incorpora al suo art. 15 la definizione più utilizzata del principio. Tra gli strumenti più recenti che fanno riferimento all'approccio precauzionale vanno annoverati il Protocollo di Cartagena del 2000 sulla biosicurezza della Convenzione sulla diversità biologica e la Convenzione di Stoccolma del 2001 sugli inquinanti organici persistenti. Per uno studio dell'evoluzione del principio nel diritto internazionale, si veda, per tutti, P.-M. DUPUY, *Le principe de précaution, règle émergente du droit international général*, in C. LEBEN e J. VERHOEVEN (a cura di), *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2002, 95-111.

³ Si veda al riguardo la Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000 (COM(2000)1), spec. par. 3.

⁴ Cfr. L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Cedam, Padova, 2004, 55.

zionali. Si comprende dunque come, nell'ambito del diritto del WTO più che in qualsiasi altro regime del diritto internazionale, il principio di precauzione funga da fragile punto di sutura tra la necessità di assicurare un livello adeguato di protezione dell'ambiente e della salute ed altre impellenti esigenze della cooperazione internazionale.

Va infine osservato che il sistema normativo del WTO rimane ancora sostanzialmente chiuso alla penetrazione di valori diversi dalla crescita economica degli Stati membri⁵, e in particolare alla protezione dei diritti umani⁶. L'unico spiraglio è quello dato dalla c.d. eccezione generale prevista all'art. XX lett. b) del GATT di cui si dirà in seguito, a favore però del solo diritto alla vita e alla salute (nonché al diritto umano di terza generazione alla difesa ambientale e a quello di quarta generazione relativo alla protezione dalle manipolazioni genetiche). Non esistono ad esempio, a livello di diritto del WTO, norme sul rispetto di alcuni diritti economici e sociali fondamentali, come quella che vieta l'uso della manodopera minorile o quella che stabilisce una ragionevole limitazione delle ore di lavoro del prestatore d'opera. In questo frangente, il principio di precauzione si rivela spesso l'unica valvola attraverso la quale gli Stati membri del WTO più avanzati sotto il profilo del rispetto dei diritti umani (e di quello della tutela ambientale) riescono, se non ad imporre, quanto meno a proporre il loro modello di sviluppo sostenibile.

2. *La normativa pertinente del WTO: dal GATT 1947 agli Accordi di Marrakech del 1994*

La comparsa del principio nel quadro della disciplina del commercio internazionale viene spesso ricollegata agli accordi del 1994 che hanno segnato la trasformazione del GATT 1947 nel WTO. In particolare, esso trova espressione nell'art. 5.7 dell'Accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie – *Sanitary and Phyto-*

⁵ Sebbene fin dal 1996 l'Organo di Appello abbia affermato che «WTO agreements are not to be read in clinical isolation from public international law». Cfr. *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Report of the Appellate Body, WT/DS2/AB/R of 20 May 1996, Sec III.B.

⁶ Sorge spontaneo, a questo proposito, il confronto con l'Unione europea, anch'essa originariamente finalizzata al solo sviluppo di una cooperazione commerciale, la quale nel tempo si è tuttavia dotata di un sistema di protezione dei diritti umani che funge da parametro di legittimità degli atti delle sue istituzioni e dei comportamenti degli Stati membri.

sanitary Measures (SPS)⁷. E tuttavia, va detto che tale evoluzione altro non è che un *continuum*, in guisa di modalità applicativa, del già menzionato art. XX lettera *b*) del GATT, laddove si prevede(va) una deroga alle regole multilaterali del commercio in favore delle misure per la protezione della salute e della vita delle persone e degli animali e alla conservazione dei vegetali⁸.

A differenza della funzione propulsiva diretta che esso svolge nell'ambito della protezione dell'ambiente, il principio di precauzione trova spazio nella fitta regolamentazione degli scambi commerciali internazionali in qualità di strumento applicativo di una deroga. Questa sua specifica funzione spiega il perché, nel diritto del commercio internazionale, il principio venga interpretato ed applicato in maniera più restrittiva rispetto ad altri settori del diritto internazionale (diritto dell'ambiente, diritto del mare, ecc.).

Il diritto del WTO ammette che gli Stati possano adottare misure necessarie a salvaguardare la vita o la salute umana, animale o vegetale, solo a condizione che tali misure non siano applicate in modo da costituire un mezzo di discriminazione arbitraria e ingiustificata tra gli Stati membri o una restrizione dissimulata del commercio internazionale. L'accento è posto sui parametri di legittimità delle misure SPS piuttosto che sulla legittimità in sé di queste rispetto alle regole generali dell'organizzazione.

Lo stesso Accordo SPS è interamente dedicato ai criteri, alle modalità e alle procedure che gli Stati membri devono seguire nel-

⁷ L'articolo 5.7 dell'Accordo SPS dispone: «Nei casi in cui le prove scientifiche pertinenti non siano sufficienti, un membro può temporaneamente adottare misure sanitarie o fitosanitarie sulle base delle informazioni pertinenti disponibili, comprese quelle provenienti dalle competenti organizzazioni internazionali nonché dalle misure sanitarie o fitosanitarie applicate da altri membri. In tali casi i membri cercano di ottenere le informazioni supplementari necessarie per una valutazione dei rischi più obiettiva e procedono quindi ad una revisione della misura sanitaria o fitosanitaria entro un termine ragionevole».

⁸ L'art. XX GATT (lettera *b*) recita: «A condizione che tali misure non vengano applicate in maniera da costituire un mezzo di discriminazione arbitrario o ingiustificato tra gli Stati membri nei quali prevalgano le medesime condizioni, oppure una restrizione mascherata al commercio internazionale, nessuna delle disposizioni del presente accordo sarà interpretata nel senso di impedire che qualsiasi parte contraente adotti o applichi le misure necessarie per proteggere la salute e la vita delle persone e degli animali e per preservare i vegetali». Una formulazione pressoché identica si rinviene nel preambolo dell'Accordo WTO sulle barriere tecniche al commercio (TBT) e in quello dell'Accordo SPS.

l'adottare le misure di salvaguardia commerciale a tutela dell'ambiente, della salute ecc. La disciplina generale è quella che si rinviene al suo articolo 2 (Diritti e obblighi fondamentali) laddove vengono essenzialmente apposte tre condizioni: le misure in questione devono essere applicate nei limiti strettamente necessari alla finalità perseguita; devono essere basate su criteri scientifici e non essere mantenute senza un'evidenza scientifica sufficiente (ad eccezione dei casi in cui, appunto, entra in gioco il principio precauzionale); e non devono discriminare tra gli Stati membri o dissimulare una restrizione del commercio internazionale.

Tali condizioni generali vanno a loro volta misurate e contemplate con il requisito procedurale che rappresenta invero il perno dell'intera disciplina, vale a dire la valutazione del rischio (*risk assessment*) derivante per la salute dell'uomo, degli animali o delle piante dall'importazione di una determinata merce. Come risulta dall'art. 5 dell'accordo considerato, la valutazione del rischio rappresenta un passaggio obbligatorio *ex ante* rispetto all'adozione della misura. La stessa disposizione fornisce una serie di indicazioni circa le modalità con cui lo Stato membro interessato deve procedere alla valutazione del rischio (nell'ordine: avvalersi delle tecniche già messe a punto dalle organizzazioni internazionali specializzate, ricorrere all'evidenza scientifica disponibile, esaminare i processi e i metodi produttivi, tener conto dei fattori economici rilevanti ecc.). Rispetto a queste modalità, il principio di precauzione viene in rilievo in seconda battuta, quando non si dispone di una sufficiente evidenza scientifica del rischio. Resta in ogni caso ben fermo il carattere temporaneo della misura adottata a titolo precauzionale (art. 5.7)⁹.

Risulta con ciò evidente come il WTO accolga l'accezione debole del principio di precauzione, secondo la quale la misura di salvaguardia rappresenta solo una facoltà che può (e deve) essere giustificata da parte del suo autore, e non invece il contenuto di un obbligo, come invece si rinviene nell'accezione forte¹⁰, che trova la sua massima espressione nel noto Principio 15 della Dichiarazione di Rio¹¹.

⁹ Cfr. *supra*, nota 7.

¹⁰ Sulla duplice prospettiva del principio di precauzione si veda, per tutti, L. GRADONI, *Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in A. BIANCHI e M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2006, 147-219.

¹¹ Il Principio 15 della Dichiarazione di Rio recita: «Al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precau-

3. *La giurisprudenza degli organi per la soluzione delle controversie del WTO*

La variante debole dell'approccio adottato dal WTO in merito al principio di precauzione porta con sé una serie di conseguenze molto rilevanti sul piano sia argomentativo che applicativo.

Gli organi del contenzioso WTO hanno provveduto a chiarire la portata del principio di precauzione in una ormai consolidata giurisprudenza.

Non è possibile in questa sede passare dettagliatamente in rassegna i numerosi rapporti dei *Panels* e dell'Organo di Appello che si sono pronunciati sulla legittimità delle misure di salvaguardia adottate in forza del principio di precauzione (solo per citare le controversie più celebri, basti ricordare il caso *Ormoni*¹², il caso *Amianto*¹³, il caso *OGM*¹⁴). Interessa piuttosto porre l'accento sui punti centrali del ragionamento seguito dagli organi del contenzioso per stabilire la legittimità del ricorso al principio.

Innanzitutto il principio di precauzione, quale si rispecchia nell'art. 5.7 dell'Accordo SPS, non rappresenta una deroga generale alle regole relative all'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie né tantomeno a quelle del WTO complessivamente inteso. Piuttosto, l'art. 5.7 opera un'esenzione «qualificata» dall'obbligo sancito al precedente articolo 2.2. di non mantenere una misura di salvaguardia che non sia basata su un'evidenza scientifica sufficiente¹⁵.

L'art. 5.7 dell'Accordo SPS evidenzia quattro requisiti che devono essere cumulativamente soddisfatti dallo Stato autore di una misura di salvaguardia sulla base del principio di precauzione (da tali re-

zionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'abolizione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale».

¹² *European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (EC - Hormones)*, Report of the Panel: WT/DS26/R/USA of 18 August 1997; Report of the Appellate Body: WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R of 18 January 1998.

¹³ *European Communities - Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos (EC - Asbestos)*, Report of the Panel: WT/DS135/R of 18 September 2000; Report of the Appellate Body: WT/DS135/AB/R of 12 March 2001.

¹⁴ *European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (EC - Biotech Products)*, Report of the Panel, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R of 29 September 2006.

¹⁵ *Japan - Measures Affecting Agricultural Products (Japan - Agricultural Products II)*, Report of the Appellate Body: WT/DS76/AB/R of 22 February 1999, par. 80.

quisiti dipende in definitiva la qualificazione dell'esenzione). Due di questi requisiti si applicano al momento dell'adozione della misura: quest'ultima 1) si rende necessaria in una situazione nella quale le informazioni scientifiche pertinenti sono insufficienti, e 2) è adottata sulla base delle informazioni scientifiche disponibili. Gli ultimi due requisiti riguardano invece il mantenimento nel tempo della misura di salvaguardia, giacché, come già detto, questa deve avere un carattere temporaneo. A tal fine, lo Stato autore della misura deve 1) cercare di ottenere le informazioni supplementari necessarie per poter effettuare una valutazione del rischio più obiettiva, e 2) riconsiderare di conseguenza la misura entro un periodo di tempo ragionevole¹⁶.

Fin da una prima lettura appare chiaro come il punto nevralgico di questa costruzione riguardi la fase del mantenimento della misura e, più precisamente, il requisito della raccolta di informazioni supplementari atte a rendere finalmente possibile l'analisi della valutazione del rischio¹⁷. Tale requisito implica che lo Stato effettui tutti gli sforzi possibili per rimediare alle lacune nelle informazioni scientifiche di cui dispone, sia impegnandosi esso stesso nell'avanzamento delle ricerche, sia procurandosi le informazioni presso le organizzazioni internazionali specializzate o presso altre fonti¹⁸.

In secondo luogo, ma strettamente collegato a quanto appena detto, la misura precauzionale deve essere temporanea. L'art. 5.7 non specifica la durata massima della misura, indica semplicemente che lo Stato autore deve modificare il regime precauzionale su cui questa si basa (in un senso o nell'altro: o fornendo le prove che la misura si fonda ora su un'evidenza scientifica, e perciò ricade nell'ambito generale dell'art. 2.2 dell'Accordo SPS, o eliminando la misura, se questa continua a non basarsi su una valutazione del rischio oggettiva) entro un termine di tempo ragionevole. L'Organo di Appello ha

¹⁶ *Ibid.*, par. 89.

¹⁷ Le informazioni da ricercarsi devono attenersi strettamente allo svolgimento della valutazione del rischio, come per esempio, la valutazione nel caso di specie della probabilità dell'ingresso, stabilimento o diffusione di una peste. Cfr. *Ibid.*, par. 92. Sulla valutazione del rischio ai fini dell'adozione di misure precauzionali nel quadro del WTO, si veda, per tutti J. BOHANES, *Risk Regulation in WTO Law: A Procedure-Based Approach to the Precautionary Principle*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40, 2001-2002, 323-389.

¹⁸ Cfr. *United States - Continued Suspension of Obligations in the EC - Hormones Dispute (US - Continued Suspension)*, Report of the Appellate Body, WT/DS320/AB/R, WT/DS321/AB/R of 16 October 2008, par. 679.

chiarito che la ragionevolezza del termine temporale non può che stabilirsi caso per caso, in particolare tenendo conto della concreta difficoltà di raccogliere le prove scientifiche atte a produrre una valutazione del rischio obiettiva.

Dalle considerazioni che precedono consegue che l'applicazione del principio di precauzione nel sistema WTO è assoggettata ad una serie di parametri e di regole che ne riducono fortemente, almeno in linea di principio, la portata. L'opzione debole del principio di precauzione accolta dal WTO è evidentemente all'origine di questa costruzione minimalista, a partire dalla configurazione del ricorso al principio come «esenzione qualificata», tale cioè da rispondere a requisiti oggettivi prestabiliti (dallo stesso WTO) e da scongiurare che gli Stati membri possano far valere in modo automatico proprie autodeterminazioni riguardo al livello di tutela (ambientale, della salute, ecc.) da raggiungere¹⁹.

Da un punto di vista pratico, tuttavia, parametri e regole appaiono stringenti solo in apparenza. Dopotutto, il requisito più oneroso imposto dall'art. 5.7 si limita ad obbligare lo Stato autore di una misura precauzionale solo a «cercare» di ottenere le informazioni scientifiche necessarie a espletare una valutazione del rischio obiettiva, non a riuscire ad ottenerle²⁰.

È tuttavia chiaro che proprio l'estrema elasticità di questo requisito, soprattutto in quanto combinata con il carattere temporaneo della misura adottata a titolo di precauzione, fa sì che l'applicazione del principio di precauzione sia fatalmente destinata ad essere l'oggetto di numerosi e ripetuti ricorsi al sistema di soluzione delle controversie del WTO. Va segnalato al riguardo come, nella gran parte dei casi, *Panels* e Organo di Appello abbiano accolto le istanze dello Stato esportatore attore, ritenendo che la misura precauzionale presa dallo Stato importatore convenuto non fosse legittima, in quanto non soddisfaceva almeno uno dei requisiti di cui all'art. 5.7 e/o altre norme dell'accordo SPS.

Nel quadro del contenzioso WTO, la posizione dello Stato che difende una misura precauzionale è aggravata dal fatto che spetta ad

¹⁹ La fattispecie riguarda in particolare quegli Stati membri che si prefiggono un livello di protezione ambientale maggiore di quello che sarebbe raggiunto adottando gli standard, le linee guida e le raccomandazioni internazionali esistenti. L'Accordo SPS dedica una norma al riguardo, quella dell'art. 3.3.

²⁰ Cfr. *US - Continued Suspension*, cit., par. 679.

esso l'onere di provare con evidenza scientifica che i prodotti di cui intende impedire l'importazione costituiscono un rischio reale per l'ambiente, la salute ecc.²¹. Ciò a differenza di quanto avviene in base ad altri regimi giuridici, ad esempio secondo il *Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza alla Convenzione sulla diversità biologica*²².

4. (Segue) *Sulla natura giuridica del principio*

Come si è potuto osservare, il sistema del WTO rende particolarmente complesso il ricorso al principio/approccio precauzionale ed incerto il suo esito, pur ammettendone evidentemente l'esistenza sul piano teorico generale. Anche in questo specifico contesto, come già con riferimento ad istanze oggi irrinunciabili del diritto internazionale, come ad esempio la tutela dei diritti umani fondamentali, l'ordinamento del WTO finisce per chiudersi in sé stesso e su sé stesso. E la ragione di ciò sta ancora una volta nell'atteggiamento autoreferenziale del sistema, ed il particolare degli organi per la soluzione delle controversie, in forza del quale viene fatto solo ed esclusivo riferimento alla disciplina del WTO stesso, senza ammettere penetrazioni esterne ad opera di altre fonti del diritto internazionale.

L'Unione europea, che si è trovata diverse volte nella situazione di dover difendere una sua misura precauzionale dinanzi agli organi del contenzioso WTO, ha messo in discussione questo atteggiamento autoreferenziale, obiettando che il principio di precauzione rappresenta innanzitutto una norma consuetudinaria o, in alternativa, un principio generale, del diritto internazionale²³. Ne deriverebbe, se-

²¹ Cfr. *Japan - Measures Affecting the Importation of Apples (Japan - Apples)*, Report of the Panel, WT/DS245 of 15 July 2003, par. 228. Sulla questione dell'onere della prova in relazione all'applicazione del principio di precauzione dinanzi ai tribunali internazionali si vedano, in particolare, C.F. FOSTER, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 183-239; Y. KERBRAT e S. MALJEAN-DUBOIS, *Les juridictions internationales et le principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces*, in D. ALLAND et Al. (a cura di), *Unité et diversité du droit international - Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2014, spec. 945-948.

²² Cfr. art. 15 del Protocollo citato.

²³ Sulla controversa e tuttora molto dibattuta questione della natura giuridica del principio di precauzione, si vedano, per tutti, L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution: nature, contenu et limites*, in C. LEBEN e J. VERHOEVEN (a cura di), *op. cit.*, 65-94; M. SCHRÖDER, *Precautionary Approach/Principle*, in R. WOLFRUM (a cura di), *Max*

condo l'Unione europea, che il WTO (nonché tutti i suoi membri) sarebbe tenuto ad interpretare e ad applicare il principio di precauzione non già (o comunque non solo) secondo la ristretta prospettiva che si ricava dalla disciplina speciale dell'organizzazione stessa ma accogliendo la più ampia e incisiva accezione del principio (divenuto consuetudinario) quale si ricava da altri strumenti (accordi) del diritto internazionale²⁴.

Questi tentativi dell'Unione europea di agganciare l'operatività del principio/approccio precauzionale nel quadro del WTO a regole e procedure più favorevoli in nome di una sua presunta natura consuetudinaria, o di principio generale di diritto internazionale, sono sistematicamente falliti. Nel caso *Ormoni*, l'Organo di Appello ebbe ad affermare che la questione se gli Stati membri del WTO siano diffusamente convinti della natura generale o consuetudinaria del principio di precauzione appare lontana dall'essere definita²⁵ e che tale principio, per lo meno se si esclude l'ambito del diritto internazionale dell'ambiente, attende ancora una formulazione autorevole²⁶. In termini analoghi si è espresso, a otto anni di distanza, il *Panel* nel caso *OGM*²⁷.

Planck Encyclopedia of Public International Law, Marzo 2014, edizione online: www.mpepil.com, par. 16-21.

²⁴ Tale argomentazione si fonda sull'art. 3.2. dell'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie (nell'ambito del WTO), secondo il quale eventuali dubbi sugli accordi del WTO vanno chiariti anche «conformemente alle norme di interpretazione consuetudinarie del diritto pubblico internazionale». Orbene, è indubbio che le norme consuetudinarie in materia di interpretazione dei trattati siano quelle che si rispecchiano negli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. A sua volta, l'art. 31.3 della ora citata convenzione dispone che, ai fini dell'interpretazione di un accordo occorre tener conto anche «di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti tra le parti» (dunque anche delle norme consuetudinarie e dei principi generali di diritto).

²⁵ Se esistano, in altre parole, i due requisiti della prassi o *diuturnitas* e dell'*opinio iuris*, costitutivi della consuetudine internazionale.

²⁶ Cfr. *EC - Hormones*, cit., par. 123-124.

²⁷ Cfr. *EC - Biotech Products* cit., par. 7.86-7.89. L'Unione europea aveva ribadito la sua opinione circa il carattere consuetudinario del principio dinanzi al Panel anche nel 2003 nel caso *Japan - Apples* cit., par. 5.34, al quale partecipava in qualità di terzo rispetto alla controversia.

La trasparenza amministrativa: recenti tendenze e prospettive future*

Alfredo Moliterni

SOMMARIO: 1. L'affermazione della trasparenza amministrativa nello Stato democratico e pluriclasse. – 2. Il diritto di accesso come tradizionale paradigma della trasparenza amministrativa: limiti e problemi. – 3. Trasparenza amministrativa e obblighi di pubblicazione. – 4. Il principio di trasparenza oltre la pubblicità: la comprensibilità dell'esercizio del potere.

1. *L'affermazione della trasparenza amministrativa nello Stato democratico e pluriclasse*

Il principio di trasparenza, nonostante sia nato e si sia sviluppato dapprima nel diritto dei privati – specialmente per regolare il funzionamento di alcuni mercati caratterizzati da un elevato livello di complessità e tecnicità, come quello bancario e finanziario¹ – costituisce ormai un principio immanente al diritto pubblico e, in particolare, al diritto amministrativo². E infatti la trasparenza rappresenta non solo uno dei criteri fondamentali sottesi ai più importanti processi di riforma delle amministrazioni pubbliche nell'ultimo ventennio, ma costituisce anche uno dei parametri ermeneutici maggiormente utilizzati in sede di interpretazione dei rapporti tra amministrazione e cittadini.

Tuttavia è proprio la grande diffusione del principio di trasparenza nell'ordinamento amministrativo a fare dello stesso uno dei concetti giuridici più controversi e di difficile definizione, stante la

* Il presente lavoro si inserisce nell'ambito della ricerca PRIN su “Corruzione e Pubblica Amministrazione” (responsabile scientifico: Prof. Marco D'Alberti).

¹ Su cui si veda, *ex multis*, P. RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1990, I, 297 ss.; G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003; P. GAGGERO, *La trasparenza del contratto*, Milano, 2011; S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, 1280 ss.; A. MIRONI, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012; O.M. CALLIANO (a cura di), *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e diritti del consumatore europeo*, Torino, 2013.

² Sottolinea tale profilo M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 52.

pluralità di finalità e istituti che ad esso sono stati ricondotti³. In particolare, se da un lato la trasparenza costituisce *ex se* una finalità a cui deve tendere l'operato dei pubblici poteri, dall'altro essa rappresenta uno strumento cui si è fatto riferimento anche per il perseguimento di ulteriori obiettivi di rilievo pubblico⁴, quali, ad esempio, la promozione del merito nell'accesso alle cariche pubbliche, l'efficienza e la concorrenza in determinati mercati come quello degli appalti pubblici – il contenimento della spesa e, da ultimo, la lotta alla corruzione.

Da un punto di vista meramente etimologico, il concetto di trasparenza rimanda all'idea di una separazione conoscitiva tra una dimensione interna (da disvelare o da proteggere) e una dimensione esterna (da cui si osserva o si vorrebbe osservare)⁵: tale separazione attribuisce una posizione di supremazia a chi è in possesso di determinate informazioni riservate e, soprattutto, ha il potere di regolarne

³ Sull'eterogeneità e la complessità della nozione di trasparenza nel diritto pubblico, G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 26, secondo cui «con l'espressione trasparenza amministrativa si indica un insieme di istituti, di norme e di strumenti che, complessivamente, delineano un modo di essere dell'amministrazione che per l'indeterminatezza dei suoi contenuti può essere indicato quasi soltanto con l'uso di una metafora». Si tratta di una vicenda che, peraltro, appare accomunare anche il principio di trasparenza nell'ordinamento dei privati, come sottolineato da S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, cit., 1282, il quale evidenzia «la versatilità semantica del vocabolo» e «il multiforme impiego fattone dallo stesso legislatore» nei diversi settori in cui esso ha trovato applicazione.

⁴ È stato sottolineato, da F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 7 che la trasparenza in alcuni casi si atteggia come «strumento», essendo «funzione del raggiungimento di altre finalità rilevanti». Secondo E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, 2014, 33 «da questa polifunzionalità emerge come la trasparenza sia un antibiotico a largo spettro, che funge da cura nei confronti ora dell'arbitrio pubblico, ora dell'inefficienza, ora della corruzione e dei conflitti di interesse».

⁵ Sul punto G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, cit., 30 ha parlato di un «concetto eminentemente relazionale» che presuppone l'esistenza di un «dentro» e di un «fuori» che, nell'ambito dei rapporti amministrativi è alimentato dalla «barriera» del «segreto amministrativo». Sulla logica binaria e di contrapposizione che caratterizza lo studio del segreto nell'esperienza giuridica rimangono fondamentali le pagine di R. ORESTANO, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana (Atti del convegno nazionale tenutosi a Roma il 26-28 ottobre 1981)*, Padova, 1983, 98 ss., secondo cui «il 'segreto' (...) è sempre bifronte» (108).

la loro diffusione⁶. E proprio in ragione di ciò, il tema della trasparenza (e quello del segreto) appare strettamente intrecciato con le sorti e lo sviluppo del potere (specialmente pubblico) e, in particolare, con l'evoluzione del rapporto tra Stato, società e cittadini⁷: come è stato evidenziato, infatti, «uno dei criteri per distinguere il regime democratico dal regime autocratico è (...) il diverso rapporto, il diverso dosaggio tra pubblicità e segretezza»⁸.

Il problema della trasparenza rispetto all'operato dei pubblici poteri si viene ad affermare soprattutto con il superamento dell'assolutismo, quando prende avvio il processo di "sgretolamento" della personificazione della sovranità nella figura del *princeps* e si diffondono le prime assemblee parlamentari e le prime garanzie di controllo democratico sull'operato dei pubblici poteri⁹. E tuttavia ciò non segna ancora l'affermazione compiuta di un principio di traspa-

⁶ Come sottolineato da R. ORESTANO, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, cit., 110 il segreto ha sovente un «carattere elitario», posto che esso si riferisce a «un'élite di ceppi etnici, oppure di *gentes*, oppure di 'autorità' uniche o collegiali (...), oppure di classi politiche ed economiche, oppure di giurisdizioni, di 'bracci secolari', di 'corpi separati'».

⁷ Secondo R. ORESTANO, *ult. op. cit.*, 115 «nel quadro delle strutture ordinamentali, sono le grandi sedi decisorie e quindi del potere quelle in cui maggiormente oppugnano – in una dialettica continua – 'segretezza' e 'pubblicità' ora prevalendo o facendosi prevalere l'una, ora l'altra»; l'A. aggiunge poi che un'altra sede «privilegiata di grandi decisioni è il 'giudizio'» considerato che «anche in essa è dato riscontrare – lungo l'arco dell'esperienza romana – la compresenza, la dialettica e la compromissione fra *palam* e *secretim*» (117).

⁸ Così, G. CORSO, *Potere politico e trasparenza*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 268. Sul tema rimane fondamentale il contributo di N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in ID., *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 76 secondo cui «si può definire il governo della democrazia come il governo del potere pubblico in pubblico»; Bobbio, richiamando il concetto Tacitano degli *arcana imperii* rispetto alla politica di Tiberio (P.C. TACITO, *Annali*, 2, 32) e sottolineando la centralità che la «ragion di Stato» ha avuto nel pensiero di Bodin, Hobbes e Macchiavelli, individua in Immanuel Kant il «punto di partenza di ogni discorso sulla necessità della visibilità del potere». Nella prospettiva kantiana, infatti, «tutte le azioni relative al diritto di altri uomini la cui massima non è conciliabile con la pubblicità sono ingiuste»: così I. KANT, *Per la pace perpetua. Progetto filosofico*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto* (1795), trad. it., Torino, 1965, 300.

⁹ Sul punto, si veda G. PITRUZZELLA, *Segreto I) Profili costituzionali*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVIII, Roma, 1992; sulla centralità che assume il «controllo del popolo sui governanti» nell'ordinamento democratico e sulle esigenze di visibilità del potere che ne conseguono, G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967, 132.

renza nei rapporti tra Stato e cittadini. E infatti, proprio nell'ambito dello Stato di diritto ottocentesco si assiste ad una sorta di "razionalizzazione" di alcune garanzie di segretezza nell'esercizio del potere che ricevono un primo fondamento legislativo¹⁰: alla base di tali garanzie non vi è più la necessità di proteggere il potere personale del *princeps*, ma piuttosto quella di porre lo Stato al riparo da indebite influenze esterne in grado di minare l'operato dei poteri pubblici¹¹. Con la formazione degli Stati nazionali, quindi, la segretezza, specialmente del potere amministrativo, viene ad essere funzionale ad assicurare un più efficace perseguimento dell'azione pubblica¹². Al tempo stesso la segretezza e l'opacità diventano uno strumento di rafforzamento del corpo burocratico nei rapporti con la società e gli altri poteri dello Stato¹³. In Italia, ad esempio, a partire dall'unificazione il principio del segreto amministrativo viene ad imporre a tutti i dipendenti pubblici la riservatezza delle informazioni inerenti il proprio ufficio¹⁴.

¹⁰ Il punto di partenza per la ricostruzione della disciplina giuridica del segreto si rinviene, infatti, nel codice napoleonico del 1810 (*Code pénal*): si vedano in particolare gli artt. 80, 81 e 82 sul segreto di Stato. Con riguardo all'ordinamento italiano, si veda la ricostruzione di G. ARENA, *Il segreto amministrativo. Profili storici e sistematici*, vol. I, Padova, 1983, il quale mette in luce una certa continuità che caratterizza la disciplina del segreto sia negli stati preunitari (Regno di Sardegna, Granducato di Toscana, Regno delle Due Sicilie), sia nell'ordinamento prerepubblicano.

¹¹ Come sottolineato da G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, cit., 78 s. il segreto d'ufficio era funzionale a «garantire l'esistenza di una pubblica amministrazione ordinata e gerarchicamente strutturata»; da questo punto di vista, esso può considerarsi «uno strumento del potere disciplinare proprio perché consente lo sviluppo dell'amministrazione senza danneggiare però quelle forze sociali che di essa hanno bisogno per il dispiegamento delle libertà e attività individuali».

¹² Sul punto, ancora, G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, cit., 214 secondo cui il segreto assicurava il «normale funzionamento della p.a.», poiché serviva quella che è stata definita come «funzione di separazione».

¹³ Come è stato sottolineato da Weber il mantenimento di "zone d'ombra" e di una certa "opacità" rispetto all'opinione pubblica è connaturato all'essenza stessa della burocrazia: M. WEBER, *Economy and society* *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*, a cura di C. Wittich, G. Roth, Berkley, Los Angeles-London, 1978, 992 secondo cui «bureaucratic administration always tends to exclude the public, to hide its knowledge and action from criticism as well as it can».

¹⁴ A partire dalla disciplina contenuta nel Codice Zanardelli e, in particolare, nell'art. 177 (r.d. 30 giugno 1889, n. 6133), sino agli interventi in materia di segreto d'ufficio contenuti nella l. 25 giugno 1908, n. 290 nel r.d. 30 dicembre 1923, n. 2960 per quanto concerne l'ordinamento prerepubblicano; la normativa è poi confluita nello Sta-

La necessità di assicurare la trasparenza e la visibilità dei poteri pubblici si afferma in maniera più definita con l'avvento dello Stato democratico e pluriclasse¹⁵. Lo sviluppo di una più completa integrazione tra Stato, società e cittadini mediante la partecipazione attiva alla vita politica delle classi sociali per lungo tempo escluse impone, infatti, una maggiore conoscenza di notizie e informazioni concernenti (anche) l'attività dei pubblici poteri e, in particolare, delle amministrazioni¹⁶. L'informazione e la circolazione dei dati pubblici divengono quindi il presupposto per la piena realizzazione della sovranità popolare e, al tempo stesso, per l'affermazione del principio di uguaglianza sostanziale¹⁷.

Il problema della visibilità dell'operato dei pubblici poteri viene pertanto a costituire uno dei capisaldi del costituzionalismo moderno, fino a permeare la stessa struttura degli ordinamenti democratici e delle costituzioni del secondo dopoguerra¹⁸. Come dimostra l'esperienza italiana, infatti, il principio di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri, pur non essendo espressamente menzionato nella

tuto sugli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3) e nell'art. 326 del codice penale, su cui G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, cit., 211 ss.

¹⁵ Sui nessi tra trasparenza e democrazia, si veda ancora N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, cit., *passim*. Come sottolineato da R. ORESTANO, *Sulle problematiche del segreto nel mondo romano*, cit., 141 «di 'morale', nel segreto (...) in verità mi sembra vi sia ben poco e raramente»: da questo punto di vista, con limitatissime eccezioni, «la necessità della chiarezza anche nei rapporti privati s'impone – a evitare *machinationes* e 'trappolerie' – s'impone, ripeto, come un valore altamente positivo».

¹⁶ Secondo E. CHELI, *Informazione, decisione politica, controllo sociale: spunti per un'analisi comparata*, in *Dir. inf.*, 1987, 813 «tutta la via delle democrazie contemporanee appare caratterizzata da questo complesso intreccio di flussi informativi, dalla società verso lo Stato e dallo Stato verso la società, flussi che si legano tanto all'attività conoscitiva dello Stato, quanto all'attività informativa dello Stato e sullo Stato».

¹⁷ Sui nessi tra democrazia ed uguaglianza nell'accesso alle informazioni, D. BELL, *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting*, New York, Herper Colophon Books, 1973. Secondo E. CHELI, *Informazione, decisione politica, controllo sociale*, cit., 813 «proprio nella quantità e qualità di informazioni che circolano all'interno di ciascun sistema – o, se vogliamo, nella trasparenza delle decisioni che consegue da tale circolazione – sarebbe possibile individuare la misura di realizzazione del principio di sovranità popolare».

¹⁸ Su cui G.M. SALERNO, *Il nomos dell'invisibile*, in F. RIMOLI, G.M. SALERNO (a cura di), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Roma, 2006, 147 ss.; sul tema, da ultimo, C. COLAPIETRO, *Trasparenza e democrazia: conoscenza e potere*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, 2014, 3 ss.

Costituzione, permea molteplici istituti democratici ed è sotteso al riconoscimento di numerosi diritti civili e politici¹⁹: si pensi alle garanzie e agli istituti che disciplinano l'attività del Parlamento e del Governo, ma anche alle garanzie nei confronti della magistratura²⁰. Inoltre, la trasparenza nel settore pubblico, essendo in primo luogo strumentale ad una migliore comprensione della realtà, e quindi alla formazione di un'opinione razionalmente giustificata, appare connessa anche al diritto di informazione²¹. Da questo punto di vista, è la stessa complessità delle dinamiche sociali che impone la massima circolazione di informazioni: «solo infatti in una società in cui tutti siano messi in grado di conoscere i termini delle scelte e di scegliere liberamente, il consenso maggioritario, su cui si basa l'esercizio dell'autorità, acquista significato»²². La trasparenza – anche della sfera

¹⁹ Come sottolineato da F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, cit., 6 «la trasparenza, intesa come dovere generale che ricade poi soprattutto sui soggetti titolari di poteri pubblici, costituisce un principio di rilevanza costituzionale, anche se esso non si trova in modo esplicito nel testo della Costituzione del 1948». Secondo M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, in M.P. CHITI, G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 156 ss., la trasparenza garantisce il pieno sviluppo della persona umana, l'eguaglianza sostanziale e l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

²⁰ Su cui C. COLAPIETRO, *Trasparenza e democrazia: conoscenza e potere*, cit., 15 il quale evidenzia che nella Costituzione il principio di conoscibilità dell'azione dei pubblici poteri è previsto con riguardo alla funzione legislativa – art. 64, comma 2 (pubblicità delle sedute delle Camere), art. 73, comma 3 e 132, comma 1 (con riguardo alla pubblicazione delle leggi statali e regionali) –, con riguardo alla funzione giurisdizionale – rispetto al quale il principio di pubblicità si deduce dal principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. –, nonché con riguardo alla funzione di governo (il quale assumerebbe una «pubblicità indiretta») mediante il rapporto fiduciario: alla luce di ciò, secondo l'A., «il principio di trasparenza dell'agere pubblico (...) può essere senz'altro qualificato come principio costituzionale immanente nel nostro ordinamento, il quale (...) si fonda in primo luogo sull'interpretazione sistematica dei principi fondamentali della nostra forma di Stato» (16).

²¹ Su cui A. GIULLIANI, *Osservazioni sul diritto all'informazione*, in *Studi in memoria di D. Pettiti*, Milano, 1973, II, 720 ss.

²² Così, V. ONIDA, *I principi fondamentali della Costituzione*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di Diritto pubblico*, Bologna, 1984, 119. Come sottolineato dalla Corte cost. n. 348/1990, «l'informazione nei suoi risvolti attivi e passivi (libertà di informare e diritto di essere informati esprime [...] una condizione preliminare (o se vogliamo un presupposto insopprimibile) per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico». Secondo G. ARENA, *Trasparenza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, t. VI, Milano, 2006, 5949, se la trasparenza è diritto a conoscere e comprendere – «cioè di sviluppare una propria visione del

pubblica – appare in questa prospettiva il presupposto per la formazione di una società realmente democratica e pluralista.

Venendo più specificatamente alla questione della trasparenza nei confronti dell'amministrazione, pur non essendo presente un esplicito riferimento nel testo della Costituzione²³, la dottrina ha rinvenuto un sicuro fondamento della stessa innanzitutto nel principio di imparzialità di cui all'art. 97, co. 1, Cost.²⁴ E infatti, tale principio, presupponendo una valutazione comparativa di tutti gli interessi in gioco da parte dell'amministrazione da realizzarsi mediante la proceduralizzazione dell'attività decisionale²⁵, imporrebbe la partecipazione attiva dei cittadini e, quindi, la conoscenza preliminare dei dati e delle informazioni in possesso dell'amministrazione: tanto più vasta è l'area del segreto, tanto più forte è il potere della burocrazia²⁶. Al-

mondo sulla base della quale assumere decisioni, formulare scelte» –, essa va oltre la necessità di controllare i pubblici poteri: essa «costituisce infatti l'altra faccia della libertà di manifestazione del pensiero».

²³ Secondo E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislature*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, Bologna, 1993, 225 ss., la scelta del costituente italiano fu quella di demandare ad una successiva legge generale sul procedimento amministrativo gli istituti di garanzia delle posizioni giuridiche dei cittadini rispetto alle p.a. (diversi dal principio di tutela giurisdizionale dinanzi agli atti della p.a.), con riferimento al dovere di motivazione, all'accesso e agli istituti di partecipazione, anche se questi temi erano già al centro del primo progetto elaborato dalla Commissione Forti del 1946 (*Relazione all'Assemblea Costituente*).

²⁴ Secondo U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 241, «il segreto [...] costituisce forse il punto culminante della concezione parziale della pubblica amministrazione». Sull'art. 97, comma 1, Cost., C. PINELLI, *Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. La pubblica amministrazione (art. 97-98)*, Bologna, 1994, 31 ss.

²⁵ A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, 120 ss., muovendo da una nozione di imparzialità che presuppone la necessaria proceduralizzazione dell'attività amministrativa per «ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati», evidenzia l'importanza della manifestazione dei diversi interessi nel corso dell'azione dei pubblici poteri (128-129). Sulla centralità della proceduralizzazione in chiave partecipatoria dell'azione amministrativa, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.

²⁶ E infatti, come evidenziato da A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico*, cit., 214, la «non conoscibilità all'esterno» dell'attività della p.a. comporta una grave lesione dei diritti e degli interessi del privato, dal momento che «nessuno può riconoscere i vizi del procedimento se non gli è consentito di prendere visione degli atti relativi». Da questo punto di vista, quindi, la tutela dell'imparzialità altro non è che la «garanzia di de-

tri hanno poi ricondotto il principio di trasparenza all'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri ricavabile dagli artt. 24 e 113 Cost.: e infatti la conoscenza e la visibilità del potere, essendo un presupposto per una tutela effettiva, deve precedere la stessa fase processuale²⁷. Infine, è stato sottolineato che la trasparenza sarebbe sottesa anche al principio di responsabilità dello Stato e dei dipendenti pubblici di cui all'art. 28 Cost²⁸.

Oggi, tuttavia, il principio di trasparenza ha un chiaro fondamento anche livello sovranazionale, appartenendo lo stesso – come ha chiarito anche la Corte costituzionale – al patrimonio giuridico comune degli Stati membri²⁹. Nel contesto europeo, infatti, l'art. 41 della Carta di Nizza sancisce il diritto ad una buona amministrazione che consta di una serie di strumenti funzionali a garantire la trasparenza³⁰, mentre l'art. 42 disciplina espressamente il diritto di accesso. Ma soprattutto, il TUE sancisce all'art. 1 l'importanza che nell'Unione tra i popoli dell'Europa «le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini», per poi sancire il diritto di ogni cittadino di partecipare alla vita democratica dell'Unione (art. 10, par. 2) e, al contempo, il dovere dell'Unione di assumere le decisioni pubbliche in maniera aperta (art. 10, par. 3), mediante canali che assicurino un'adeguata pubblicità delle informazioni e un'ampia consultazione delle parti interessate (art. 11)³¹.

mocraticità nello svolgimento della funzione» (216). Sui nessi tra le garanzie di pubblicità e un'effettiva partecipazione, si veda M. D'ALBERTI, *La visione e la voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 1 ss.

²⁷ Secondo G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, 780 è un'«esigenza elementare che la conoscenza venga prima della difesa».

²⁸ Dal momento che, come evidenziato da E. CARLONI, *L'amministrazione aperta*, cit., 59, «l'attivazione del circuito di responsabilità richiede, inevitabilmente, un'adeguata conoscenza di ciò che è stato, e di ciò che avrebbe potuto essere».

²⁹ Secondo Corte cost., 17 marzo 2006, n. 104, «la pubblicità del procedimento amministrativo è un principio del patrimonio costituzionale comune dei paesi europei».

³⁰ In particolare, ai sensi dell'art. 41, par. 2, tale diritto comprende: «il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio, il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale, l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni».

³¹ Ai sensi dell'art. 11, par. 2 e 3: «2. Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. 3. Al fine di

2. *Il diritto di accesso come originario paradigma della trasparenza amministrativa: limiti e problemi*

Il problema della trasparenza amministrativa è per lungo tempo venuto a coincidere, soprattutto nel dibattito scientifico, con la questione dell'accesso dei cittadini alle informazioni pubbliche e ai documenti amministrativi. Al di là dell'isolato caso svedese – ove la questione dell'accesso all'informazione pubblica è stata regolata sin dal 1766 (*Freedom of the Press Act*) –, la legislazione in materia di accesso si è affermata, a partire dalla seconda metà del Novecento con lo sviluppo delle moderne democrazie costituzionali: dapprima negli Stati Uniti con il coraggioso *Freedom of Information Act* (Foia) del 1966, sul finire degli anni Settanta in Germania e in Francia³², per poi diffondersi un po' ovunque nell'ultimo ventennio³³.

Nel nostro ordinamento – ove per oltre un secolo i dipendenti pubblici sono stati vincolati alla disciplina del segreto d'ufficio³⁴ – la questione dell'accesso ai documenti amministrativi si è iniziata a porre negli anni Ottanta con l'istituzione della Commissione Nigro che ha poi portato all'emanazione della legge generale sul procedimento amministrativo. Sebbene, infatti, alcune aperture avessero già

assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate».

³² Quanto alla Germania, con l'introduzione della legge generale del procedimento del 25 maggio 1976 è stato disciplinato, all'art. 29, il diritto di accesso al fine di assicurare una effettiva partecipazione dell'interessato al procedimento. La disciplina francese della trasparenza (su cui B. LASSERE, N. LENOIR e B. STIRN, *La transparence administrative*, Paris, 1987) è stata invece introdotta da una serie di leggi emanate sul finire degli anni Settanta con cui è stato razionalizzato il rapporto tra amministrazione e cittadini dal punto di vista dell'obbligo di motivazione, delle garanzie di partecipazione e della pubblicità delle informazioni pubbliche (l. n. 78/1978; l. n. 753/1978; l. n. 587/1979).

³³ In particolare, al modello statunitense del FOIA si sono poi ispirate negli anni Ottanta le legislazioni dell'Australia, del Canada e della Nuova Zelanda e, nel 2000, quella del Regno Unito: sulla diffusione a livello globale del modello statunitense, J.M. ACKERMAN, I.E. SANDOVAL-BALLESTEROS, *The Global Explosion of Freedom of Information Acts*, in 58 *Administrative Law Review* 85 (2006). Secondo A. SANDULLI, *La trasparenza amministrativa e l'informazione dei cittadini*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 158 ss. ha evidenziato la possibilità di individuare due modelli di trasparenza, quello di matrice statunitense (a controllo diffuso) e quello di origine francese fondato sull'accesso e, quindi, maggiormente restrittivo.

³⁴ Come confermato dall'art. 15 dello statuto degli impiegati civili d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3.

caratterizzato la giurisprudenza amministrativa³⁵, solo con l'entrata in vigore della l. n. 241/1990 prende avvio il processo di "superamento" della tradizionale regola del segreto d'ufficio, attraverso il riconoscimento del diritto dei cittadini a prendere visione e ad estrarre copia dei documenti amministrativi in possesso delle p.a.³⁶. È con tale intervento, quindi, che si creano i presupposti per la realizzazione di quella «casa di vetro» auspicata da Turati sin dall'inizio del Novecento³⁷ e la «pubblicità» viene inserita tra i principi generali dell'attività amministrativa, affianco a quelli di legalità, economicità e efficacia.

Ciononostante, tale riforma non è riuscita ad assicurare la piena realizzazione del principio di trasparenza. E ciò non solo per l'ampia categoria di esclusioni ed eccezioni al principio di pubblicità, ma anche e soprattutto per la logica "difensiva" e "conflittuale" che l'ha ispirata: come è stato evidenziato, infatti, la disciplina sull'accesso ha contribuito a collocare la trasparenza «nell'ambito di un rapporto di tipo bipolare tradizionale per la tutela di interessi di singoli soggetti in conflitto con l'amministrazione, non per una valutazione complessiva dell'agire amministrativo da parte della società civile intesa in senso lato»³⁸.

In questa prospettiva, un primo limite è rappresentato dal fatto che l'accesso è stato circoscritto alla visione di un documento specifico, e non già all'ottenimento di una informazione detenuta dall'amministrazione³⁹: per tale ragione esso è stato escluso, ad esempio, là

³⁵ Già Cons. St., Ad. Pl., 10 giugno 1980, n. 22, infatti, aveva iniziato a riconoscere l'esistenza di un «diritto di accesso di qualsiasi cittadino agli atti della amministrazione dello Stato», al di là della tutela giurisdizionale.

³⁶ Si tratta della disciplina contenuta agli artt. 22 ss., l. n. 241/1990. Come sottolineato da I.F. CARAMAZZA, *Dal principio di segretezza al principio di trasparenza. Profili generali di una riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 941 ss., fino alla l. 7 agosto 1990, n. 241, in fatto o in diritto, il segreto era stato concepito come la regola generale dell'azione amministrativa; al contrario, la conoscibilità di quest'ultima rimaneva relegata nell'ambito delle eccezioni (urbanistica, ambiente, enti locali).

³⁷ F. TURATI, *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908, secondo cui «dove un superiore, pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro».

³⁸ G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, cit., 36.

³⁹ Come chiarito dall'art. 22, co. 4, a seguito della riforma del 2005 «non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo». A tale risultato, peraltro, era giunta anche la giurisprudenza prima della riforma del 2005: si vedano, ad esempio, Cons. St., sez. V, 14

dove si volessero acquisire informazioni che, prevedendo un'elaborazione da parte dell'amministrazione, non trovano diretta rappresentazione in un documento amministrativo⁴⁰. Inoltre, il legislatore ha escluso numerose, e assai ampie, tipologie di documenti e di procedimenti amministrativi dall'ambito oggettivo di applicazione della normativa, andando ben oltre i settori ove tradizionalmente può apparire giustificata la tutela della riservatezza⁴¹.

Ma al di là di ciò, i limiti maggiori sono da ricondursi alla scelta di subordinare l'esercizio di tale diritto alla tutela di una posizione soggettiva dell'amministrato nei confronti della p.a.⁴². E infatti, – in diffonità con quanto originariamente proposto della Commissione Nigro del 1984 che non prevedeva alcuna restrizione soggettiva all'accesso⁴³ – il legislatore ha imposto all'istante l'onere di dimostrare all'amministrazione la titolarità di uno specifico interesse all'accesso⁴⁴: e ciò, al fine di scongiurare istanze di accesso preordinate ad

dicembre 1992, n. 1504; Cons. St., sez. V, 1 giugno 1998, n. 718; Cons. St., sez. V, 8 luglio 2002, n. 3798. In generale, sul problema della distinzione tra documento nel complesso di informazioni in esso detenute: A. MASUCCI, *Il documento amministrativo informatico*, Rimini, 2000.

⁴⁰ Si veda, in questo, Cons. St., sez. V, 31 gennaio 2007, n. 408.

⁴¹ In particolare, al di là dei documenti «coperti dal segreto di stato», l'art. 24, comma 1 esclude gli atti concernenti i «procedimenti tributari» e, soprattutto, l'attività diretta all'emanazione di «atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione». È rimessa alla decisione governativa, invece, l'esclusione dei documenti la cui pubblicazione possa determinare una ipotesi di «lesione, specifica ed individuata» di interessi rientranti in ambiti quali la sicurezza, la difesa, l'esercizio della sovranità nazionale e le relazioni internazionali (art. 24, comma 6).

⁴² Come è stato sottolineato da G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, cit., 31, l'accesso «pensato in origine come un nuovo diritto non solo egoistico, come diritto cioè ad essere informati non solo nel proprio interesse, ma nel più generale interesse alla trasparenza dell'azione amministrativa, ha finito così con il diventare nel corso degli anni semplicemente un'arma in più per gli amministrati da usare contro l'amministrazione».

⁴³ Si tratta della *Commissione per la delegificazione e la semplificazione dei rapporti tra Stato e cittadini*, istituita nel 1984 presso la Presidenza del Consiglio e presieduta da Mario Nigro, la quale, nel progetto originario concernente il «diritto di accesso ai documenti amministrativi», riconosceva tale diritto a «chiunque», senza alcuna restrizione di tipo soggettivo.

⁴⁴ Come è noto l'art. 22 sanciva il diritto di accesso per coloro che «vi abbiano interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti»; il d.P.R. n. 352/1992 specificava la necessità di dimostrare nella richiesta di avere un interesse all'accesso giustificato dalla necessità di tutela un interesse «personale e concreto»; infine, le modifiche intro-

un «controllo generalizzato» sull'amministrazione⁴⁵. Come è stato chiarito di recente dalla giurisprudenza, poiché l'art. 22 non ha introdotto «alcun tipo di azione popolare diretta a consentire una sorta di controllo generalizzato sull'Amministrazione», neanche la titolarità «di una situazione giuridicamente tutelata (...) è condizione sufficiente perché l'interesse rivendicato possa considerarsi 'concreto, diretto e attuale', essendo anche necessario che la documentazione a cui si chiede di accedere sia collegata a quella posizione sostanziale, impedendone o ostacolandone il soddisfacimento»⁴⁶.

Da questo punto di vista, la disciplina sull'accesso ai sensi della l. n. 241/1990 appare distante dai modelli statunitensi e britannici fondati sulla previsione di un diritto generalizzato all'informazione da parte di "chiunque" senza un particolare onere motivazionale, salvo il limite delle eccezioni stabilite preventivamente e in via generale. In particolare, il modello statunitense del FOIA prevede un diritto all'informazione di cui è titolare «*any person*» senza alcun onere di motivazione, pur con una serie di informazioni sottratte all'accesso⁴⁷; parimenti, la disciplina inglese del *Freedom of Information*

dotte dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 hanno ristretto ulteriormente l'ambito soggettivo definendo «interessati» i titolari di un «interesse diretto, concreto e attuale» e, soprattutto, richiedendo un collegamento tra tale situazione e il documento richiesto: in chiave critica rispetto a tali ultime previsioni, A. SANDULLI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 494.

⁴⁵ Cons. St., sez. V, 26 settembre 2006, n. 5636. Con riguardo a tale profilo, G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, cit., 5948 ha sottolineato che con la l. n. 241/1990 «si è cercato, in altri termini, di evitare che lo sguardo gettato sull'azione amministrativa da parte dei destinatari di tale azione andasse oltre un ruolo meramente conoscitivo e ricognitivo, assumendo invece un ruolo valutativo. La pubblicità non doveva in alcun modo trasformarsi in strumento di controllo sull'azione amministrativa né di giudizio sull'operato dei responsabili di tale azione».

⁴⁶ Cons. St., Ad. Pl., 7 maggio 2012, n. 7.

⁴⁷ La disciplina del *Freedom of Information Act* (FOIA), emanato il 4 luglio del 1966 dal Presidente Lyndon Johnson, è contenuta nella Section 552 dell'*Administrative Procedure Act*; l'ambito soggettivo è contenuto alle lettere *a*) ed *f*) della *section 552*; un primo nucleo di norme (552, *a*, 1) sancisce un dovere di pubblicità attiva che opera a prescindere da una istanza (*proactive disclosure*); altre norme disciplinano poi specifici obblighi di rendere disponibili determinate informazioni su richiesta per l'esame e la duplicazione (552, *a*, 2); viene poi sancito il diritto di accesso alle informazioni detenute dalle amministrazioni (552, *a*, 3); quanto alle *exemptions*, si tratta di nove categorie contenute nella Section 552 (*b*) che consentono alle amministrazioni di sottrarre all'accesso determinate informazioni riguardanti, tra l'altro, la difesa nazionale e la politica estera

Act sancisce, all'art. 1, par. 1 un diritto di accesso generalizzato nei confronti di «*recorded information*», salvo poi prevedere una serie di *exemptions* assolute e *qualified*⁴⁸.

Diversamente, il sistema dell'accesso ai documenti amministrativi di cui alla l. n. 241/1990 appare eccessivamente "esposto" al potere delle amministrazioni di qualificare la consistenza dell'interesse fatto valere dal privato, di valutare la coerenza tra tale interesse e il documento richiesto in concreto e l'assolvimento dell'onere di motivazione a corredo dell'istanza, oltretutto di definire l'(incerto) ambito di applicazione soggettivo di tale disciplina allorché vengano in considerazione soggetti privati titolari di funzioni o servizi pubblici⁴⁹. Allo stesso modo, anche il sistema di tutela che può essere attivato in

(ma se preventivamente individuate da un apposito *executive order*), il personale, le informazioni giudiziarie e le informazioni di carattere geologico o geofisico. Va tuttavia evidenziato che l'Executive Order 13526 del dicembre 2009 ha legittimato la possibilità di escludere *ex post* una serie di informazioni per ragioni di *national security*. Sulla disciplina del FOIA, S.G. BREYER, R.B. STEWART, C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, M.E. HERZ, *Administrative Law and Regulatory Policy*, New York, 2011, 720 ss., ove si sottolinea che il «FOIA was first enacted in 1966 and has been amended about once a decade since. In general the amendments have been in the direction of greater openness, seeking to eliminate barriers such as excessive fees, speed up the process, reduce the (legendary) backlogs, and provide for meaningful judicial review of request denials».

⁴⁸ La disciplina inglese del *Freedom of Information Act* del 2000 è entrata in vigore il 1 gennaio 2005. Il diritto di accesso riconosciuto in via generale dall'art. 1 è sottoposto ad una serie di limitazioni volte ad escludere richieste vessatorie (art. 14), eccessivamente costose per l'amministrazione (art. 12); ma soprattutto la seconda parte del FOIA (artt. 21-44) contiene l'elenco delle informazioni sottratte all'accesso che si distinguono in "assolute" (rispetto alle quali l'amministrazione non deve effettuare alcuna valutazione) o "qualificate" (rispetto alle quali è riservato un potere di valutazione dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione): le esenzioni vanno da quelle relative a informazioni che possono pregiudicare interessi finanziari (art. 28-29), o l'esercizio di determinate funzioni o l'applicazione della legge (art. 31), fino a quelle che possono pregiudicare interessi commerciali (art. 43). Sul FOIA, P. CRAIG, *Administrative Law*, London, 2008, 226 ss. ove si sottolinea che, in base al par. 1, «any person making a request for information to a public authority is entitled to be informed in writing by the public authority is entitled to be informed in writing by the public authority whether it holds information of the description specified in the request, and if that is the case to have that information communicated to him».

⁴⁹ Sul punto, C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, cit., 63 sottolinea la necessità di «evitare che i doveri dell'amministrazione, sol perché imposti per ragioni di interesse pubblico, siano ritenuti insuscettibili di concepire la situazione ad essi correlata in termini di diritto». Nello stesso senso, G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, cit., 5953 ha messo in luce il

sede giurisdizionale a seguito di un diniego all'accesso – il quale, del tutto paradossalmente, può conseguire anche ad un mero silenzio della p.a. – oltre ad essere costoso, non appare comunque in grado, nonostante la specialità del rito applicabile, di fornire giustizia in tempi rapidissimi.

Proprio in ragione di tali limitazioni alcuni hanno messo in dubbio la stessa capacità dello strumento dell'accesso di contribuire ad un effettivo superamento del segreto, non essendo costruito come vero diritto civico a legittimazione indifferenziata⁵⁰. E infatti, «se l'amministrazione deve essere trasparente non vi è ragione per negare che la trasparenza dell'amministrazione si risolva – necessariamente – in un diritto in testa a chiunque», dal momento che «il diritto di chiunque è l'altra faccia della trasparenza intesa come pubblicità»⁵¹. In questa prospettiva, l'accesso – per essere un vero strumento di pubblicità – dovrebbe trovare soltanto le limitazioni necessarie alla tutela di altri diritti o valori costituzionali⁵².

Da questo punto di vista – al di là di alcuni settori specifici caratterizzati da una legittimazione generalizzata (come quello ambientale)⁵³ – solo in alcuni ordinamenti regionali si è tentata la strada dell'affermazione di un vero e proprio diritto civico all'accesso, inteso come strumento di pubblicità a prescindere dalla dimostrazione di

pericolo che «l'amministrazione possa utilizzare, come ha fatto negli ultimi anni, la valutazione sulla legittimazione soggettiva dell'accesso come strumento per rafforzare la propria posizione predominante nei confronti dei privati».

⁵⁰ In questo senso ancora C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico*, cit., 51 ss. secondo cui «l'accesso non è il rovesciamento della segretezza, ma l'apertura di una (ancorché larga) breccia in una (peraltro al tempo stesso ribadita) condizione di oggettiva segretezza»; si tratta di uno strumento che dà luogo ad una «trasparenza limitata», essendo una «una finestra che si illumina solo per alcuni e non per altri». Ne discende che il modello di accesso di cui alla l. 241/1990 «non è sinonimo di pubblicità» e anzi esso «presuppone e ribadisce la segretezza».

⁵¹ Così, C. MARZUOLI, *ult. op. cit.*, 64.

⁵² E quindi, sempre secondo C. MARZUOLI, *ult. op. cit.*, 64 «dovrà essere ritenuta illegittima ogni limitazione che non sia giustificata da una considerazione ragionevole e proporzionata dei contrapposti valori costituzionali. Con l'ulteriore precisazione che i valori da considerare a confronto con la trasparenza saranno assai limitati quando non venga in giuoco il diritto alla riservatezza dei privati, per la sola ragione che l'amministrazione, in principio, è trasparente».

⁵³ Si veda l'art. 3, comma 1, d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195 che assicura la disponibilità della «informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse».

un interesse del richiedente⁵⁴; lo stesso dicasi del sistema di accesso alle informazioni degli enti locali ove – nonostante le resistenze del giudice amministrativo, ancora troppo vincolato all'impostazione della l. n. 241/1990 – sembra operare un sistema di conoscenza delle informazioni pubbliche che prescinde dalla dimostrazione di un interesse qualificato⁵⁵.

3. *Trasparenza amministrativa e obblighi di pubblicazione*

Anche in ragione di tali limiti, soprattutto nell'ultimo decennio ha preso avvio un processo di progressiva "autonomizzazione" del tema della trasparenza e della pubblicità rispetto all'istituto dell'accesso⁵⁶. E infatti, al di là dell'inserimento, operato con le modifiche del 2005, del principio di trasparenza tra i principi generali dell'attività amministrativa⁵⁷, il legislatore è venuto progressivamente ad imporre una serie di obblighi di pubblicità e di trasparenza in capo alle pubbliche amministrazioni, anche facendo leva sul (lento) processo di informatizzazione e digitalizzazione della p.a.⁵⁸.

⁵⁴ Su cui si veda C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e diritti di informazione del cittadino nei riguardi delle amministrazioni regionali*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 131 ss., con specifico riguardo all'art. 54 dello Statuto della Regione Toscana che riconosce a tutti, e indipendentemente da una dimostrazione dell'interesse, il diritto di accedere ai documenti amministrativi.

⁵⁵ Con riguardo al sistema degli enti locali e, in particolare, all'art. 10 d.lgs. il 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL), si veda L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2011, 193. Sul punto di veda anche il parere della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (13 settembre 2011) secondo cui si tratterebbe di un diritto «equiparabile all'attivazione di un'azione popolare finalizzata ad una più efficace e diretta partecipazione del cittadino stesso all'attività amministrativa dell'ente locale di residenza e alla realizzazione di un più immanente controllo sulla legalità dell'azione amministrativa».

⁵⁶ Sulla distinzione tra pubblicità e trasparenza, di recente, M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 143 ss.

⁵⁷ Con le modifiche apportate nel 2005 alla legge sul procedimento, la «trasparenza» è inserita all'art. 1 tra i «principi generali dell'attività amministrativa».

⁵⁸ Come chiarito dall'art. 12 del Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005), infatti, le p.a. «utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione». Sui nessi tra digitalizzazione e trasparenza, F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, 107 ss.

E così, il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005) ha innanzitutto introdotto un regime generale di conoscibilità, fatte salve le deroghe espressamente previste dalla legge, imponendo alla p.a. l'obbligo di formare, raccogliere, conservare e rendere disponibili e accessibili i propri dati «con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione» (art. 50); inoltre è stata attribuita la qualifica di «dato pubblico» (ovvero conoscibile da chiunque ai sensi dell'art. 1, lett. *n*) ad una serie di dati e informazioni attinenti soprattutto i profili organizzativi interni alle amministrazioni (elencati all'art. 54 CAD) e, infine, sono stati imposti una serie di contenuti «necessari» ai siti delle amministrazioni pubbliche in via di formazione (art. 54)⁵⁹. Sempre nell'ottica della trasparenza veicolata dalla digitalizzazione, l'art. 32 della l. n. 69/2009 ha disciplinato le forme di pubblicità telematica, conferendo effetti di pubblicità legale⁶⁰ alla pubblicazione mediante l'utilizzo di siti informatici delle amministrazioni, fatti salvi gli obblighi di pubblicazione nelle gazzette ufficiali.

Più di recente, la l. 4 marzo 2009, n. 15 – anche in un'ottica di controllo della spesa e di valutazione della *performance*⁶¹ – ha delegato il governo a garantire una maggiore trasparenza in sede di organizzazione del lavoro nelle p.a., al fine di valorizzare il merito mediante incentivi retributivi e realizzare un più rigoroso sistema di responsabilità (art. 2). In attuazione di tale delega il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 ha per la prima volta sancito che la trasparenza deve es-

⁵⁹ Si veda l'art. 50 del Codice dell'amministrazione digitale secondo cui «i dati delle pubbliche amministrazioni sono formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che ne consentano la fruizione e riutilizzo, alle condizioni fissate dall'ordinamento, da parte delle altre pubbliche amministrazioni e dai privati».

⁶⁰ Così art. 32 (poi modificato dall'art. 9, comma 6, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179). Sul punto Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 13 dicembre 2011 ha chiarito che la pubblicazione on line di un documento, con l'entrata in vigore dell'art. 32, «equivale a conoscenza legale di quest'ultimo e sostituisce la pubblicazione e comunicazione cartacea».

⁶¹ In particolare, ai sensi dell'art. 11, comma 8, ogni amministrazione ha l'obbligo di pubblicare sul proprio sito istituzionale una serie di informazioni, tra cui: il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità ed il relativo stato di attuazione (lett. *a*), l'ammontare complessivo dei premi collegati alla performance stanziati e l'ammontare dei premi effettivamente distribuiti (lett. *b*), i curricula dei dirigenti e dei titolari di posizioni organizzative (lett. *f*), le retribuzioni dei dirigenti, con specifica evidenza sulle componenti variabili della retribuzione e delle componenti legate alla valutazione di risultato (lett. *g*), gli incarichi, retribuiti e non retribuiti, conferiti ai dipendenti pubblici e a soggetti privati (lett. *i*).

sere intesa come «accessibilità totale» anche mediante la pubblicazione sui siti istituzionali di informazioni concernenti l'organizzazione delle p.a., gli indicatori gestionali, l'utilizzo delle risorse, i risultati dell'attività di misurazione e di controllo. Ma soprattutto è stato previsto l'obbligo di adottare un «Piano triennale per la trasparenza e l'integrità» al fine di garantire «un adeguato livello di trasparenza» e «la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità»⁶².

Tale processo ha ricevuto un significativo impulso con la recente introduzione della normativa “anti-corruzione”⁶³. In particolare, il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, muovendo da un'idea di trasparenza «come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»⁶⁴, da un lato, ha esteso e razionalizzato gli obblighi di pubblicazione dell'amministrazione (art. 3), dall'altro ha introdotto il diritto di accesso civico da esercitarsi in caso di violazione dei medesimi obblighi da parte delle amministrazioni (art. 5).

Sotto il primo punto di vista, il legislatore indica puntualmente gli atti e i dati dei quali deve essere garantita in via automatica la

⁶² Si veda l'art. 11, comma 2 secondo cui «ogni amministrazione, sentite le associazioni rappresentate nel Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, adotta un Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, da aggiornare annualmente». E al comma 9 si precisa che «in caso di mancata adozione e realizzazione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità o di mancato assolvimento degli obblighi di pubblicazione di cui ai commi 5 e 8 è fatto divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti preposti agli uffici coinvolti».

⁶³ Il Governo è stato delegato proprio dalla c.d. “legge anticorruzione” (l. 6 novembre 2012, n. 190, su cui B.G. MATTARELLA, M. PELLISERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013) ad adottare una disciplina sulla trasparenza (art. 1, commi 35 e 36). Sulla base della delega è stato adottato il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 recante il «*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*».

⁶⁴ Si tratta dell'art. 1 («*Principio generale di trasparenza*»); al comma 2 dello stesso articolo è precisato che la trasparenza «concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio della Nazione»; essa, infatti, «è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino».

pubblicazione a tutti i cittadini⁶⁵: in quanto «pubblici», infatti, «chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli». Si tratta, nello specifico, di informazioni che afferiscono tanto all'organizzazione⁶⁶, quanto all'attività amministrativa, con particolare riferimento all'uso delle risorse pubbliche⁶⁷; obblighi specifici di informazione riguardano, inoltre, i contratti pubblici, i dati relativi al governo del territorio, le informazioni concernenti il Servizio Sanitario Nazionale e, infine, i dati concernenti gli interventi straordinari di emergenza. Rispetto agli interventi precedenti, risulta quindi ampliato l'oggetto della trasparenza e, soprattutto, muta la *ratio* dell'obbligo di pubblicazione che appare non più limitata ad esigenze di contenimento della spesa e di controllo delle *performance*, ma rispondendo all'idea che un «controllo diffuso» su aspetti essenziali dell'attività delle amministrazioni, risulta funzionale all'interesse generale di scongiurare o attenuare fenomeni corruttivi⁶⁸.

Ma al di là dell'obbligo di pubblicazione, la più rilevante novità dell'intervento legislativo è rappresentata dalla previsione di un meccanismo sanzionatorio in caso di mancata o incompleta pubblica-

⁶⁵ Ai sensi dell'art. 3, infatti, «tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'articolo 7».

⁶⁶ Vi sono obblighi concernenti i componenti degli organi di indirizzo politico (art. 14), i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza (art. 15), la dotazione organica e il costo del personale con rapporto di lavoro a tempo indeterminato (art. 16), il personale non a tempo indeterminato (art. 17), gli incarichi conferiti ai dirigenti pubblici (art. 18), i bandi di concorso (art. 19), la valutazione della performance e la distribuzione di premi al personale (art. 20), la contrattazione collettiva (art. 21), gli enti pubblici vigilati, quelli di diritto privato in controllo pubblico e le partecipazioni in società di diritto privato (art. 22).

⁶⁷ Vi rientrano gli obblighi concernenti i provvedimenti amministrativi (art. 23), i dati aggregati relativi all'attività amministrativa (art. 24), i controlli sulle imprese (art. 25), gli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi, e attribuzione di corrispettivi e compensi a persone fisiche ed enti privati (art. 26), l'elenco dei soggetti beneficiari (art. 27).

⁶⁸ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 229 ha sottolineato tuttavia che alcuni obblighi di pubblicità sarebbero propriamente funzionali a consentire un controllo diffuso sul personale e sull'azione amministrativa; altri sarebbero invece diretti a rafforzare l'*accountability* delle amministrazioni nel settore della gestione finanziaria; altri ancora mirerebbero alla «*customer satisfaction*» e alla semplificazione dei rapporti con l'amministrazione.

zione di tali informazioni da parte della p.a.: si tratta del c.d. «accesso civico» che dovrebbe consentire a qualunque cittadino, indipendentemente dalla dimostrazione di uno specifico interesse, di accedere alle informazioni sottese all'obbligo di pubblicazione (art. 5).

Sul punto è stato sottolineato che l'accesso civico si pone in direzione opposta rispetto al tradizionale diritto di accesso, introducendo una sorta di «*right to know*» rispetto a quelle informazioni che dovrebbero essere pubbliche⁶⁹. E tuttavia, la reale portata di tale previsione appare comunque limitata dal fatto che ci si trova dinanzi ad un rimedio attivabile subordinatamente ad un'inadempienza della p.a. e, quindi, limitatamente alle informazioni e ai dati su cui gravava l'obbligo di pubblicazione⁷⁰. Come è stato sottolineato, l'accesso civico, lungi dall'introdurre il principio dell'accessibilità totale alle informazioni pubbliche, segna piuttosto il passaggio da una trasparenza garantita dalla richiesta dell'interessato ad una trasparenza diffusa tramite pubblicazione di determinate informazioni⁷¹.

In definitiva, anche tale sistema non appare realmente sovrapponibile al modello statunitense del *Freedom of Information Act* (FOIA), non venendo a configurare un vero e proprio diritto civico all'informazione⁷². In ragione di tali profili, è stata sottolineata l'impossibilità di ritenere del tutto superato il modello di pubblicità fon-

⁶⁹ In questo senso E. CARLONI, *L'amministrazione aperta*, cit., p. 161 il quale parla di un «diritto a conoscere ciò che è pubblico».

⁷⁰ Come sottolineato da A. BONOMO, *Il codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2013, 739, «così interpretato, il riconoscimento dell'accesso generalizzato ex art. 5 perde parte della sua carica innovativa, in quanto sembra limitarsi a riconoscere in capo a chiunque unicamente uno strumento per rimediare all'eventuale inadempienza delle amministrazioni rispetto agli obblighi di pubblicazione». Secondo G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 231, «su questo punto la disciplina italiana si allontana dai modelli stranieri più avanzati, dove il diritto di accesso di norma riguarda tutte le informazioni in possesso delle autorità pubbliche, al punto che esse sono spesso esplicitamente qualificate come di "proprietà" della collettività e dei singoli, i quali attraverso l'accesso, esercitano le facoltà connesse al diritto reale sul bene materiale».

⁷¹ In questo senso, E. CARLONI, *I principi del Codice della trasparenza*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, Santarcangelo di Romagna, 2013, 34 ss. e, *ivi*, C. CUDIA, *Il diritto alla conoscibilità (art. 3)*, 57 ss.

⁷² Come evidenziato da M. SAVINO, *Le norme in materia di trasparenza e la loro codificazione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., 113 ss., «contraddittoriamente, si vuole la "trasparenza totale" ma non il generale riconoscimento del *right to know*».

dato sul diritto di accesso: esso, infatti, continua a costituire l'architrave del sistema di pubblicità dei dati e delle informazioni pubbliche cui si affiancano, senza sostituirlo, gli obblighi di pubblicazione previsti dalla legge e lo strumento dell'accesso civico attivabile dal privato⁷³.

4. *Il principio di trasparenza oltre la pubblicità: la comprensibilità dell'esercizio del potere*

L'analisi del processo di affermazione del principio di trasparenza nei rapporti tra amministrazione e cittadino ha evidenziato che, nel nostro ordinamento, esso è in larga parte venuto a coincidere con il tema dell'accesso ai documenti amministrativi e, da ultimo, con l'imposizione di obblighi di pubblicazione alle amministrazioni.

Va tuttavia evidenziato che, nonostante i passi in avanti che sono stati compiuti dai più recenti interventi normativi, è la stessa idea di trasparenza che è ad essi sottesa a non apparire pienamente soddisfacente, continuando ad essere circoscritta ad un problema di accessibilità e di pubblicità degli atti⁷⁴.

In realtà, occorre evidenziare che la finalità "ultima" della trasparenza nei diversi settori dell'ordinamento coincide con la necessità di assicurare la comprensibilità dell'esercizio di un determinato potere (pubblico o privato) con cui ci si relaziona e, quindi, di limitarlo, soprattutto là dove ci si trovi in presenza di asimmetrie informative⁷⁵.

⁷³ Secondo F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 19-20: «i due strumenti non possono escludersi reciprocamente, ma debbono concorrere al raggiungimento delle finalità di trasparenza. [...] La pubblicazione sui siti ufficiali non riesce ad andare fino alla diffusione di documenti e dati interni a vicende amministrative (a procedimenti). L'accesso resta, quindi, insostituibile strumento di garanzia di tutela delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte e di garanzia della libertà individuale del cittadino di ricercare le informazioni che ritiene utili allo svolgimento del suo ruolo di controllore dell'esercizio delle funzioni pubbliche».

⁷⁴ Il legislatore, infatti, nel definire all'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013 la trasparenza amministrativa, riduce tale «principio generale» alla «accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni».

⁷⁵ La nozione di asimmetria informativa è stata elaborata da L. PHILIPS, *The economics of imperfect information*, Cambridge, 1988, 2, secondo cui l'informazione asimmetrica ricorre laddove «complete information prevails on one side of the market [...] while

E così, nel diritto dei contratti – al di là delle specifiche caratterizzazioni che essa può assumere in ambito finanziario o creditizio, ove appare strumentale anche a garantire un più efficace funzionamento dei mercati – la trasparenza appare funzionale alla costruzione di una «informazione utile al formarsi di un consenso responsabile del consumatore (o del cliente)»⁷⁶. Non diversamente, nel diritto del lavoro il principio di trasparenza viene richiamato per assicurare una migliore conoscenza dei diritti del lavoratore e del regolamento contrattuale, soprattutto in un'ottica di rafforzamento delle garanzie sindacali⁷⁷, ma anche quale limite ai poteri del datore di lavoro, specialmente in sede di licenziamento o di attivazione della cassa integrazione⁷⁸.

In una prospettiva non dissimile, nel diritto pubblico, e in particolare nel diritto amministrativo, la finalità ultima della trasparenza è (o dovrebbe essere) quella di rendere effettivamente intellegibile e comprensibile l'esercizio del potere: si tratta di una finalità che – essendo alla base dello stesso processo di democratizzazione della p.a. – precede e si impone sulle ulteriori (e spesso contingenti) finalità che di volta in volta il legislatore ha voluto perseguire per mezzo

incomplete information characterizes the other side, or in that some agents have information which other agents of the same side of the market do not have».

⁷⁶ Così S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, cit., 1287 ss., secondo cui la trasparenza, venendo a coincidere con l'«informazione utile al formarsi di un consenso responsabile del consumatore (o del cliente)» si viene a comporre degli «attributi» dell'eshaustività, della chiarezza, della comprensibilità, dell'accessibilità, della lealtà e correttezza intrinseca dell'informazione, nonché della sua accessibilità.

⁷⁷ E infatti, a fronte dell'iniziale limitazione degli ambiti e degli spazi di informazione del prestatore di lavoro rispetto alla gestione societaria e alla propria disciplina contrattuale, si è assistito al riconoscimento di un ruolo più incisivo del lavoratore all'interno della gestione di impresa anche attraverso una maggiore trasparenza: si veda il d.lgs. n. 152/1997 (attuativo della dir. comunitaria n. 91/533/CEE), il quale impone l'obbligo per il datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, al fine di agevolare la piena comprensione di tutte le situazioni giuridiche (attive e passive) che il lavoratore stesso ha assunto; sul tema C. FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Milano, 2007.

⁷⁸ E infatti, in tema di cassa integrazione, la mancata comunicazione alle organizzazioni sindacali delle ragioni che impediscono di ricorrere al meccanismo della rotazione dei lavoratori – implicando la mancata attuazione del principio di trasparenza – comporta l'illegittimità del provvedimento di sospensione dall'attività lavorativa, con la conseguenza che i lavoratori interessati possono agire in giudizio per ottenere il pagamento della retribuzione piena e non integrata: così, Cass. civ., sez. lav., 10 maggio 2010, n. 11254 (nello stesso, più di recente, Cass. civ., sez. VI, 5 settembre 2014, n. 18796).

della trasparenza (controllo della spesa, miglioramento delle *performance* dei dipendenti pubblici, promozione della concorrenza, contrasto alla corruzione). Tale significato di trasparenza, lungi dal poter essere circoscritto ad un singolo istituto, chiama evidentemente in causa una pluralità di principi e di tecniche giuridiche di regolazione dei rapporti tra amministrazione e cittadini⁷⁹: come è stato sottolineato, infatti, la trasparenza rappresenta un principio e un risultato cui concorrono una pluralità di strumenti concernenti l'esercizio e l'organizzazione del potere amministrativo⁸⁰.

In primo luogo, il tema dell'intellegibilità del potere evoca la questione preliminare dell'effettiva comprensibilità dello stesso da parte dei cittadini e, quindi, il tema della qualità, integrità ed affidabilità delle informazioni pubbliche⁸¹: un problema che – diversamente dalla più risalente tradizione statunitense in materia di «*data quality*», – non sembra essere stato tenuto in sufficiente considerazione dagli ultimi interventi legislativi in materia di trasparenza⁸².

⁷⁹ Si tratta di un profilo che emerge chiaramente dal documento predisposto dalla presidenza OBAMA, *Transparency and Open Government, Memorandum from the President for the Heads of Executive Departments and Agencies*, 74 Fed. Reg. 4685 (del 26 gennaio 2009), ove si sottolinea che l'amministrazione deve «ensure the public trust and establish a system of transparency, public participation and collaboration. Openness will strengthen our democracy and promote efficiency and effectiveness in Government».

⁸⁰ Si veda R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528, il quale rileva che «la trasparenza dell'azione amministrativa appare il risultato al cui raggiungimento cospirano e concorrono strumenti diversi». Nello stesso senso G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, cit., 5497-5946, secondo cui «la trasparenza non è un istituto giuridico bensì un modo d'essere dell'amministrazione, un obiettivo da raggiungere con vari mezzi, direttamente o indirettamente finalizzati alla sua realizzazione, come il diritto di accesso o la partecipazione al procedimento amministrativo».

⁸¹ Già M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 951 ss. si era soffermato sul problema della qualità dell'informazione pubblica, evidenziando la necessità che essa venga ad essere caratterizzata dalla certezza e dall'affidabilità.

⁸² E infatti, nonostante gli artt. art. 6 e 48 del d.lgs. n. 33/2013 hanno introdotto una disciplina che mira ad assicurare l'adeguatezza, l'affidabilità e la fruibilità delle informazioni, i concreti strumenti di attuazione e controllo rispetto a tali obiettivi appaiono del tutto insufficienti se si considera che le principali responsabilità sono affidate alle stesse amministrazioni, sulla base di criteri che, in assenza di una loro specificazione nel decreto, dovranno essere elaborati dall'ANAC. La disciplina statunitense contenuta nell'*Information Quality Act* del 2001, invece, muovendo dal concetto di qualità delle informazioni in termini di utilità, obiettività ed integrità, può condurre anche all'attiva-

In questa prospettiva, inoltre, un'effettiva trasparenza non può prescindere dalla chiarezza e dalla intellegibilità del linguaggio dei pubblici poteri, sia per quanto riguarda il legislatore sia per quanto riguarda la burocrazia⁸³. Come è stato infatti sottolineato «*the law must be accessible and so far as possible intelligible, clear and predictable*»⁸⁴: e ciò non solo per favorire l'esercizio delle attività economiche private⁸⁵, ma anche per rendere maggiormente trasparenti le dinamiche sottese all'esercizio dei pubblici poteri, soprattutto in un'ottica di reale contrasto ai fenomeni corruttivi⁸⁶.

In sostanza, per non risultare una formula vuota, la trasparenza deve poter garantire la reale *comprensione* delle informazioni ritenute rilevanti da parte del cittadino e non già limitarsi ad assicurare una mera conoscenza di dati o documenti⁸⁷. A tal fine viene in rilievo

zione di procedure volte ad ottenere le correzioni di informazioni che non abbiano le caratteristiche richieste.

⁸³ Su cui si veda M. AINIS, *La legge oscura*, Roma-Bari, 2002; B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011; M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011; con riferimento al linguaggio burocratico, A. FIORITTO, *Manuale di stile dei documenti amministrativi*, Bologna, 2012. Si tratta, peraltro, di una vicenda che, per certi versi, non riguarda solo l'età contemporanea, come sottolineato da R. ORESTANO, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, 135 il quale, richiamando Svetonio, narra del fatto che «Caligola, dovendo cedere alle insistenze popolari per ottenere una certa legge, la fece affiggere ma a caratteri così piccoli (*minutissimis litteris*) e in luogo così angusto (*angustissimo loco*) che nessuno avesse modo di copiarla (*uti ne cui describere liceret*)».

⁸⁴ Così, T. BINGHAM, *The Rule of Law*, London, 2010, 37, il quale inserisce il problema della «accessibility of the Law» tra i presupposti stessi della «rule of law».

⁸⁵ Lo stesso T. BINGHAM, *ult. op. cit.*, 38 evidenzia che «the successful conduct of trade, investment and business generally is promoted by a body of accessible legal rules governing commercial rights and obligations».

⁸⁶ Sui nessi tra politiche di semplificazione, soprattutto normativa, e lotta alla corruzione, si veda M. D'ALBERTI, *Lotta alla corruzione e crescita economica*, in L. PAGANETTO, *Giustizia sociale, occupazione e crescita*, Roma, 2013, 65 ss.

⁸⁷ Come già sottolineato da G. ARENA, M. BOMBARDELLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 412 ss., «la conoscibilità non è sufficiente, perché poi non tutti e non sempre sono in grado di passare dalla potenzialità della conoscenza alla conoscenza vera e propria e da questa alla comprensione, intesa come interpretazione della realtà». In questa prospettiva, E. CARLONI, *L'amministrazione aperta*, cit., 29, sottolinea la necessità di evitare un «disallineamento tra i meccanismi di conoscenza e le effettive capacità di conoscitive dei destinatari, sia perché le informazioni sono di fatto inaccessibili in concreto (...), o sono comunque incomprensibili quanto a contenuto».

anche la necessità di selezionare e limitare lo *stock* di informazioni che, specialmente tramite la rete internet, sono oggi a disposizione dei cittadini. E infatti, un'eccessiva quantità di dati o di notizie rischia, paradossalmente, di disorientare il cittadino, impedendo la formazione di una conoscenza critica⁸⁸: come è stato sottolineato con riguardo ai più recenti interventi in materia di trasparenza – ove sembra privilegiarsi una conoscenza e una pubblicità di tipo “quantitativo” piuttosto che “qualitativo”⁸⁹ –, vi è il serio rischio che, senza un'opera di mediazione, «la quantità schiacci la qualità, ovvero che il cittadino, ‘sommerso’ da una così rilevante mole di dati finisca per ricavarne immagini indistinte o fuorvianti del funzionamento della macchina pubblica»⁹⁰; ciò, peraltro, appare tanto più grave quanto più si impone la pubblicazione di dati ed informazioni che appaiono poco utili ad assicurare una reale comprensibilità del “come” e del “perché” di un determinato esercizio del potere⁹¹.

Proprio rispetto a tale esigenze, assume invece un rilievo decisivo la necessità di garantire un'adeguata motivazione delle decisioni pubbliche, soprattutto al fine di assicurare la corretta rappresentazione (anche postuma) dell'*iter* logico-razionale che ha ispirato l'istruttoria e le valutazioni poste a fondamento delle scelte amministrative⁹². E infatti una motivazione realmente esaustiva, da un lato,

⁸⁸ Su cui si veda D. HEALD, *Transparency as an Instrumental Value*, in C. HOOD, D. HEALD (eds.), *Transparency: The Key to Better Governance? Proceedings of the British Academy 135*, Oxford, 2006, 60.

⁸⁹ Ciò sembra trovare conferma anche nel fatto che lo stesso d.lgs. n. 33/2013 all'art. 6 riconosce maggiore importanza alla tempestività piuttosto che alla adeguatezza delle informazioni, precisando che l'esigenza di garantire un'adeguata qualità delle informazioni «non può, in ogni caso, costituire motivo per l'omessa o ritardata pubblicazione dei dati, delle informazioni e dei documenti».

⁹⁰ Così E. CARLONI, *L'amministrazione aperta*, cit., 242.

⁹¹ Si pensi alla chiara inutilità della diffusione delle informazioni concernenti la retribuzione e la situazione patrimoniale dei titolari di incarichi di governo o degli alti dirigenti rispetto alla primaria esigenza di comprensibilità del potere.

⁹² Come chiarito dalla Corte costituzionale anche di recente (5 novembre 2010, n. 310) l'obbligo di motivazione, essendo diretto a realizzare la conoscibilità, è riconducibile al principio di trasparenza dell'azione amministrativa e, in particolare, agli artt. 97 e 113. Riconduce l'obbligo di motivazione al principio di trasparenza anche D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2012, 377. Come evidenziato da G. ABBAMONTE, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza*, in *Quaderni regionali*, 1989, 989, il problema della trasparenza è anche quello «di una tempestiva ed age-

può sopperire alla mancata conoscenza di molteplici atti puntuali ad essa presupposti, i quali, peraltro, nella loro individualità potrebbero essere difficilmente comprensibili; dall'altro, essa può consentire di controllare – e quindi limitare *ex post* – l'esercizio di poteri altamente discrezionali⁹³. Non a caso, la giurisprudenza ha in più occasioni ricondotto l'obbligo di motivazione al principio di trasparenza⁹⁴.

Proprio ai fini dell'affermazione di una "trasparenza diffusa", inoltre, l'obbligo di motivazione viene ad assumere un rilievo decisivo soprattutto nell'ambito dell'attività regolatoria a carattere generale o, comunque, di rilievo ultra-individuale: in tali casi, infatti, una motivazione esaustiva può assicurare un adeguato controllo postumo da parte di tutti gli amministrati, anche di coloro che non abbiano potuto (o voluto) partecipare attivamente alla fase istruttoria. Come dimostra chiaramente l'esperienza statunitense – ove è stato imposto un obbligo stringente e assai rigoroso di motivazione anche nell'am-

vole conoscibilità degli indirizzi, delle motivazioni e delle decisioni dell'apparato nei vari settori in cui opera, direttamente o attraverso direttive e controlli»; più di recente, sull'importanza della motivazione come strumento per accrescere la conoscibilità della p.a. e della sua attività, C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico*, cit., 50.

⁹³ Sulla configurazione della motivazione come strumento di trasparenza, soprattutto in chiave di controllo sull'operato della p.a., si veda anche M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 258 ss. il quale individua tre ruoli fondamentali dell'istituto: interpretazione dell'atto, controllo amministrativo e giurisdizionale, controllo del cittadino sull'operato della p.a. Sottolinea la "polifunzionalità" dell'obbligo di motivazione, soprattutto in funzione democratica, A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987.

⁹⁴ Si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 5008 secondo cui: «La finalità dell'obbligo di motivazione è di assicurare, con la *piena comprensione della scelta operata*, la trasparenza dell'azione amministrativa e il sindacato sulla legittimità e sulla correttezza del modo con cui la *funzione è stata in concreto svolta*. Quando viene in rilievo l'atto di un organo collegiale, per quanto la deliberazione esprima essenzialmente il giudizio e la volontà della maggioranza dei componenti, è utile a identificare il *percorso logico* seguito dall'organo anche l'insieme delle opinioni espresse nel dibattito dai singoli suoi componenti, eventualmente anche di avviso contrario a quello poi prevalso» (corsivo agg.).

⁹⁵ L'*Administrative Procedure Act*, infatti, impone l'obbligo di motivazione per ogni tipologia di decisione che sia stata presa dall'amministrazione procedente: «The record shall show the ruling on each finding, conclusion or exception presented. All decision, including initial, recommended, and tentative decisions, are a part of the record and shall include a statement of (A) findings and conclusions, and the reasons or basis

bito dei procedimenti amministrativi di carattere generale⁹⁵ – sussiste un nesso inscindibile tra il dovere di “*giving reasons*” e la necessità di assicurare un esercizio trasparente dell’azione amministrativa⁹⁶.

E tuttavia, va evidenziata una certa arretratezza del nostro ordinamento derivante da una serie di limitazioni al principio di motivazione che, di fatto, finiscono con pregiudicarne le potenzialità in termini di trasparenza dell’attività amministrativa⁹⁷: si pensi all’irragionevole esclusione dell’obbligo di motivazione per i provvedimenti a carattere generale, recuperato solo da alcune normative di settore⁹⁸;

therefor, on all the material issues of fact, law or discretion presented on the record» (sez. 557, c); e anche per le procedure informali di *rulemaking* (sez. 553, c). Come dimostra il caso *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (463 U.S. 29 - 1983), con riguardo alla revoca di un atto regolatorio relativo all’installazione di dispositivi di sicurezza automatici (quali cinture di sicurezza e *airbags*), il sindacato sulla motivazione dell’attività di *rulemaking* è assai stringente e conduce all’annullamento della misura, senza alcuno spazio per una «*post hoc rationalization*». Sull’importanza del dovere di motivazione come fattore di democratizzazione rimane fondamentale il controbutto di J.L. MASHAW, *Reasoned Administration: The European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 1179, 2007, 99 ss., secondo cui «reason giving thus affirms the centrality of the individual in the democratic republic. It treats citizens as rational moral agents who are entitled to evaluate and participate in a dialogue about official policies on the basis of reasoned discussion. It affirms the citizen as subject rather than object of the law» (118).

⁹⁶ Secondo M. SHAPIRO, *The Giving Reasons Requirement*, in *The University of Chicago Legal Forum*, 1992, 180, «giving reasons is a device for enhancing democratic influence on administration by making government more transparent». Sul punto si veda anche B. VESTERDORF, *Transparency - Not Just a Vogue Word*, in *22 Fordham Int’L. Law Journal*, 1999, 902 ss., il quale sottolinea che «inadequate reasoning means insufficient transparency, because the consequence is, firstly, that the parties affected by the measure are unable to determine whether the measure is issued on a sound legal basis or whether it could be challenged before the courts and, secondly, that the courts are unable to examine whether the arguments on a given point are well-founded».

⁹⁷ Su cui, di recente, B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., spec. 526 ss.

⁹⁸ Come è noto, al co. 2 dell’art. 3, l. n. 241/1990 sono previste rilevanti esclusioni (per gli atti amministrativi generali) che disvelano la scarsa attenzione del ruolo della motivazione al di là della tutela dei singoli e, quindi, in funzione di controllo: sulla prospettiva «difensiva» che caratterizza anche la giurisprudenza amministrativa in sede di controllo sulla motivazione, B. MARCHETTI, *ult. op. cit.*, 523 ss. La motivazione degli atti generali è stata tuttavia imposta in alcune discipline settoriali: ad esempio la c.d. “legge sul risparmio” (l. n. 262/2005), proprio nell’ambito di un intervento ispirato alla trasparenza, all’art. 23, comma 1 ha chiarito che «i provvedimenti della Banca d’Italia, della CONSOB, dell’ISVAP e della COVIP aventi natura regolamentare o di contenuto ge-

ma anche alla legittimazione di tecniche di “de-quotazione” dell’obbligo di motivazione, come l’istituto della motivazione *per relationem*⁹⁹, o alle diffusione di orientamenti che attenuano l’intensità del controllo sulla motivazione¹⁰⁰, anche facendo riferimento alla giurisprudenza sui “vizi formali” dell’atto¹⁰¹.

nerale, esclusi quelli attinenti all’organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono». Tale prospettiva appare maggiormente compatibile con l’ordinamento europeo ove tutti «gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati» (art. 296, par. 2, TFUE).

⁹⁹ Per mezzo del quale cui si “scarica” sul privato l’onere di ricostruire l’*iter* logico motivazionale dell’amministrazione, non essendo imposto alla p.a. l’obbligo di trasmettere al privato anche gli atti richiamati, con conseguente scissione tra la decisione e la motivazione: in questo senso, Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1632.

¹⁰⁰ Specialmente allorché ricorrono “interessi forti”, come la sicurezza pubblica (Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 5759) o con riferimento ad incarichi di alta amministrazione (Cons. St., sez. IV, 10 giugno 2010, n. 3695): sul punto B. MARCHETTI, *ult. op. cit.*, 526, la quale evidenzia che in questi casi si assiste il paradosso per cui «ad un potere discrezionale particolarmente ampio non corrisponde un onere di motivazione rigoroso e specifico», posto che «l’amministrazione corredda (...) l’atto di motivazioni astratte e il giudice tende ad accontentarsi». Sottolinea l’importanza dell’intensificazione del *judicial review* sulla motivazione nell’ordinamento americano, J.L. MASHAW, *Reasoned Administration*, cit., 111, secondo cui il *judicial review* «increases the power of participants in informal rulemaking processes to force agencies to consider problems and issues that they raise by submitting comments concerning the agency’s proposals».

¹⁰¹ Talvolta il vizio di motivazione viene ritenuto non invalidante dalla giurisprudenza nel caso in cui siano comunque percepibili le ragioni dell’atto nella fase istruttoria e quando gli atti siano vincolati (Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194); in questo senso è stato ridotto a mero “formalismo” il fatto di imporre la contestuale esplicitazione delle ragioni sottese alla scelta dell’amministrazione (si veda Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2502 che, paradossalmente, nonostante riconduca l’obbligo di motivazione al principio di trasparenza, evidenzia che «la garanzia di adeguata tutela delle ragioni del privato non viene meno per il fatto che nel provvedimento amministrativo finale non risultino chiaramente e compiutamente rese comprensibili le ragioni sottese alla scelta fatta dalla pubblica amministrazione, allorché le stesse possano essere agevolmente colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento, e ciò in omaggio ad una visione non meramente formale dell’obbligo di motivazione, ma coerente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall’art. 97 Cost.»); altre volte, infine, la giurisprudenza, proprio configurando la motivazione come requisito formale dell’atto, ha ammesso la possibilità (generalmente esclusa) di un’integrazione postuma della motivazione (si veda, in questo senso, TAR Lazio, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398; Cons. St., sez. VI, n. 1054/2003). In chiave critica rispetto agli orientamenti giurisprudenziali volti a “dequotare” la motivazione a vizio formale, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 446.

Ma al di là della motivazione – che, come si è visto, è la stessa giurisprudenza a ricondurre al principio di trasparenza – una reale strategia di rafforzamento di tale principio deve fondarsi su una pluralità di tecniche e di strumenti, ancorchè riconducibili (anche) a principi diversi da quello di trasparenza. Da questo punto di vista, ad esempio, viene in considerazione la stessa esigenza di procedimentalizzare l'azione dei pubblici poteri, dal momento che lo sviluppo di un contesto giuridico formalizzato entro cui esercitare la funzione amministrativa rende lo stesso maggiormente visibile e, quindi, controllabile¹⁰²; parimenti, l'effettività delle regole concernenti l'avvio necessitato del procedimento, e la sua necessaria conclusione con un provvedimento espresso e in un termine certo, possono contribuire a superare situazioni di opacità nello svolgimento del potere.

Proprio in quest'ottica, evidentemente, assume rilievo decisivo il tema del rafforzamento delle garanzie e degli istituti di partecipazione del cittadino all'attività amministrativa¹⁰³. In particolare, dal momento che la trasparenza “diffusa” trascende la logica bipolare

¹⁰² Come sottolineato da A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *www.astrid-online.it*, 2013, 2 «il procedimento è infatti all'origine della questione della trasparenza, e per molto tempo esso è stato considerato il luogo privilegiato (anche se non esclusivo) di realizzazione del relativo principio, in quanto capace di evidenziare il suo legame con l'istituto della partecipazione e, più in generale, con una nozione non autoritaria, ma democratica, di pubblica amministrazione»; secondo M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 226 il procedimento rappresenta «la modalità ordinaria di esercizio dei poteri dello Stato (legislativo, esecutivo e giurisdizionale) proprio in relazione alle esigenze di trasparenza e di garanzia dei soggetti interessati». Anche la giurisprudenza (Tar Campania, Napoli, sez. V, 5 febbraio 2007, n. 896) ha sottolineato che la legge sul procedimento avrebbe prodotto «evidenti positive ricadute in relazione all'attuazione degli obiettivi di massima trasparenza nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, garantita dalla piena e immediata ostensione del potere amministrativo nello stesso momento della sua formazione».

¹⁰³ Sull'importanza del principio di partecipazione nell'amministrazione dello Stato democratico, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, 22 s. il quale auspica un «capovolgimento della concezione del posto e della funzione che spetta ai cittadini nell'ambito di uno Stato che voglia essere ispirato non più a principi di monocrazia ma a principii di democrazia, i quali non possono ridursi al riconoscimento di posizioni giuridiche passive dei cittadini nei confronti dello Stato e quindi alla loro tutela, ma deve evolversi nel senso del riconoscimento di posizioni giuridiche attive nell'ambito delle funzioni, ciò che va sotto il nome di partecipazione».

del conflitto tra amministrazione e singolo cittadino, il «nodo della partecipazione»¹⁰⁴ può essere di fondamentale importanza proprio in un'ottica di superamento delle asimmetrie informative che caratterizzano il processo decisionale, anche e soprattutto quando si esercitano poteri di rilevanza generale¹⁰⁵; e ciò, sia al fine di assicurare una rappresentazione trasparente dei diversi interessi in gioco¹⁰⁶ – come dimostrano le esperienze statunitensi della partecipazione all'attività di *rule-making*¹⁰⁷, anche mediante sistemi elettro-

¹⁰⁴ Per dirla con M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 229 secondo cui «è mediante la partecipazione (che) la società si fa Stato» (235).

¹⁰⁵ Come sottolineato da R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2011, 141 «la partecipazione nel procedimento – con la contestuale manifestazione di interessi e, soprattutto, di scienza e conoscenza – è in qualche modo riorientata e quindi funzionalizzata dagli apparati amministrativi precedenti, allo scopo di colmare il gap e l'asimmetria informativa che caratterizzano il processo decisionale e di formazione del convincimento del decisore collettivo pubblico». In questa prospettiva va valorizzata la partecipazione non in chiave di contraddittorio ma in chiave collaborativa posto che «le manifestazioni di interesse e di scienza dei privati sono obiettivamente finalizzate a ricanalizzare i flussi informativi, a colmare il deficit informativo che potrebbe viziare il processo decisionale del decisore pubblico, collocandolo sul piano dell'irragionevolezza e dell'irrazionalità manifesta».

¹⁰⁶ Sulla manifestazione di interessi, E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, vol. I, Perugia, 1983, 29. Sul modello della “rappresentanza degli interessi” si veda anche S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello “neoclassico”*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili di diritto comparato. Atti del Convegno, Roma 21 Aprile 1993*, Padova, 1993, 3. Nell'ordinamento americano la giurisprudenza sulla «*interest representation*» viene fatta risalire al caso *Overton Park* del 1971 (*Citizen to Prevent Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402, 1971).

¹⁰⁷ Come è noto nell'ordinamento americano l'Administrative Procedure Act prevede per l'attività di *rulemaking* sia procedure formali di partecipazione («on the record rulemaking» ove è richiesta una «*trial-type hearing*» in contraddittorio), sia – assai più di frequente – procedure di tipo informale di «*notice and comment*» (5 U.S.C. sez. 551 c): sul tema si vedano S.G. BREYER, R.B. STEWART, C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, M.E. HERZ, *Administrative Law and Regulatory Policy*, cit., 519 ss.; P.L. STRAUSS, *Administrative Justice in the United States*, Durham, 2002, 219 ss. Come ha sottolineato anche S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss., le amministrazioni statunitensi, a partire dagli anni '70, iniziarono nella prassi a privilegiare procedimenti informali di partecipazione mediante *notice and comment* (si veda il caso *United States v. Florida East Coast Railway Co.*, 410 U.S. 224, 1973), in materia di incentivi alle compagnie ferroviarie); si tratta di procedure che, come è stato sostenuto da B.S. NOVECK, *The Electronic devolution in rulemaking*, in 53 *Emory Law Journal*, 2004, 433 costituiscono «one of the

nici¹⁰⁸, o della regolamentazione dell'attività di *lobbying*¹⁰⁹ –, sia al fine di assicurare il più ampio coinvolgimento della popolazione di-
nanzi ad interventi che incidono fortemente sull'assetto del territo-
rio o, comunque, su beni ed utilità collettive (come dimostra l'esperie-
nza francese dell'inchiesta pubblica¹¹⁰). E tuttavia, sono note le
molteplici limitazioni che la partecipazione soffre nel nostro ordina-
mento specialmente con riguardo all'attività amministrativa di carat-
tere generale e che hanno degli effetti assai pregiudizievole proprio
in termini di trasparenza¹¹¹.

most fundamental, important and far-reaching democratic rights». Per un'analisi sul-
l'evoluzione storica della partecipazione all'*informal rulemaking* si veda C. COGLIANESE,
Citizen participation in Rulemaking: past, present and future, in 55 *Duke Law Journal*,
2004-2005, 943 ss.

¹⁰⁸ Più di recente il *notice and comment*, anche per ridurre i costi della partici-
pazione fisica, si è venuto a sviluppare molto on-line: e ciò soprattutto a seguito dell'ap-
provazione dell'*E-Government Act* del 2002 (Pub. L. No. 107-347, 116 Stat. 2899, co-
dicato 44 U.S.C. sez. 101), il quale si fonda sull'utilizzo della piattaforma *Regula-
tion.gov*: in chiave critica rispetto a tale modello, tuttavia, S.M. JOHNSON, *The Internet
changes everything: revolutionizing public participation and access to Government infor-
mation through the Internet*, in 50 *Administrative Law Review*, 1998, 277.

¹⁰⁹ Il tema della partecipazione in chiave di trasparenza viene infatti ad intrecci-
arsi con la questione – che ha assunto rilievo soprattutto in chiave anti-corruzione –
della regolazione dell'attività di *lobbying*: e infatti la rappresentazione pubblica degli
(inevitabili) meccanismi di influenza degli interessi settoriali dovrebbe consentire, quan-
tomeno, di rendere più trasparente il processo decisionale pubblico e maggiormente re-
sponsabile lo stesso decisore. Mentre in Italia non si è ancora riusciti ad intervenire in
materia, la tradizione statunitense di regolazione di tale attività risale al 1946 con l'ema-
nazione del *Federal regulation of lobbying act*. In generale, sulle modalità di influenza sul
«*political process*» da parte degli «*interest groups*», rimane fondamentale C. SUNSTEIN,
Interest Groups in American Public Law, in *Stanford Law Review*, vol. 38, n. 1, 1985,
29 ss.

¹¹⁰ L'inchiesta pubblica ha avuto diffusione soprattutto in Francia (si veda la *Com-
missione National du Débat Public*) e in Gran Bretagna: sul tema si veda L. Casini, *L'in-
chiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 1 ss. In Italia, invece,
ha avuto diffusione principalmente in sede di valutazione dell'impatto ambientale (VIA)
o limitatamente ad alcune Regioni (in particolare Emilia Romagna, Toscana e Umbria)
che hanno disciplinato meccanismi – variamente denominati – di ascolto e consulta-
zione della popolazione: sul punto E. CARLONI, *L'amministrazione aperta*, cit., 126.

¹¹¹ Rilevate da M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 345 ss. tra le
principali «disfunzioni» del diritto amministrativo contemporaneo. E infatti, la partici-
pazione ai procedimenti di carattere generale appare limitata soprattutto a specifici set-
tori, come quello ambientale, a partire dalla rarifica della *Convenzione di Aarhus* (l. 16
marzo 2001, n. 108), sino alla previsione di cui all'art. 3-*sexies* del Codice dell'ambiente

Oltre alla partecipazione – la cui limitazione può in alcuni casi essere giustificata da un problema di costi o, comunque, di eccessivo rallentamento dell'azione amministrativa¹¹² – una maggiore trasparenza può essere assicurata anche rendendo il più possibile prevedibile *ex ante* la razionalità del processo logico-deduttivo che dovrà ispirare la decisione e la scelta amministrativa: e ciò soprattutto al fine di rafforzare l'affidamento del cittadino¹¹³, in maniera non dissimile da quanto richiesto nei rapporti tra soggetti privati¹¹⁴. Rispetto

(d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) che, in base alla quale «chiunque, senza essere tenuto a dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante, può accedere alle informazioni relative allo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale». La partecipazione generale è inoltre assicurata nell'ambito delle discipline settoriali dinanzi alle autorità indipendenti (su cui si veda M. D'ALBERTI, *Procedimenti "generali" e "singolari": problemi attuali e miglioramenti possibili*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999, 94 ss.), come chiarito da quella giurisprudenza che ha affermato la necessità di una consultazione preventiva per tutti gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti (Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972). Con riguardo ai procedimenti generali relativi al settore creditizio, finanziario e assicurativo va tuttavia evidenziato che l'art. 23, comma 2, della l. 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. "legge sul risparmio") ha introdotto delle specifiche garanzie di "notice and comment".

¹¹² Sugli «inconvenienti» della partecipazione, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 223 il quale evidenzia che «i gruppi che partecipano al procedimento non dispongono delle medesime risorse e capacità di influenza e non sono sempre responsabili del proprio operato nei confronti di coloro che dovrebbero rappresentare» e inoltre la partecipazione «richiede tempo e ritarda le procedure; infine, produce compromessi che non necessariamente tutelano l'interesse generale».

¹¹³ Poiché un'amministrazione trasparente deve consentire al privato di conoscere in anticipo i presupposti, la logica, la finalità dell'azione amministrativa, il tema della trasparenza viene ad intersecarsi anche con il generale obbligo di buona fede e correttezza cui sono soggetti i pubblici poteri tanto nella loro attività privatistica quanto in quella pubblicistica, come evidenziato da M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 48-49.

¹¹⁴ È proprio rispetto al problema dell'affidamento e della prevedibilità *ex ante* dell'esercizio del potere che emergono degli interessanti punti di contatto tra la trasparenza nel diritto pubblico e nel diritto dei contratti, ove pure è stata stigmatizzata la prassi delle «clausole a sorpresa» o «potestativamente discrezionali» le quali «senz'altro vanificano l'affidamento del consumatore ad una esecuzione delle sole condizioni note, pattuite *ab initio*»: così S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, cit., 1309. Sull'obbligo di buona fede e correttezza dei pubblici poteri e sul problema dell'affidamento del cittadino dinanzi alla p.a. si veda, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; più di recente F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

a tale esigenza, ad esempio, è stata sottolineata l'importanza che assume la c.d. "formazione graduale" della decisione amministrativa, mediante la predeterminazione dei criteri in grado di orientare (e limitare) l'esercizio del potere discrezionale¹¹⁵; e ciò, soprattutto allorché è in gioco l'attribuzione di un'utilità che si fonda sulla scelta tra una pluralità di possibili beneficiari¹¹⁶.

Infine, non possono essere trascurate le problematiche e gli istituti che, anche sul versante organizzativo, concorrono alla realizzazione della trasparenza dei pubblici poteri. Da questo punto di vista, ad esempio, assume rilievo non solo l'importante questione della pubblicazione dell'assetto organizzativo delle singole amministrazioni e della singola responsabilità dei funzionari, ma anche quella del monitoraggio sulla qualità dell'operato di quegli uffici espressamente incaricati di gestire la relazione con il pubblico¹¹⁷. E ancora, la trasparenza è alla base della disciplina del conflitto di interessi che, lungi dal condurre necessariamente ad un'interdizione del funzionario, deve primariamente favorire la necessità di disvelare e rendere pubblico la situazione di conflitto¹¹⁸.

In conclusione, tutto ciò dimostra che la trasparenza non può in nessun modo essere circoscritta ad un singolo istituto o ad una singola disciplina normativa: un'efficace strategia di potenziamento della trasparenza amministrativa – anche in una chiave di contrasto

¹¹⁵ Si veda il contributo di A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1998, 59 ove si sottolinea che la predeterminazione dell'azione amministrativa consente al cittadino di prevederne gli esiti e di verificarne i risultati: «tale predeterminazione dei valori e dei parametri della condotta è opera dell'Amministrazione che, nell'esercizio della propria discrezionalità, gradatamente individua i parametri e le regole dell'agire»; in questa prospettiva, secondo l'A., lo stesso fondamento della regola di predeterminazione dell'azione amministrativa andrebbe rinvenuta non solo nella trasparenza ma anche nella buona fede e correttezza (67 ss.).

¹¹⁶ Come ha sottolineato Cons. St., sez. V, 6 febbraio 2007, n. 487, infatti, «la tardiva fissazione di criteri di valutazione è in contrasto con elementari principi di imparzialità e trasparenza».

¹¹⁷ Su cui A. SANDULLI, *La casa dei vetri oscurati: nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 671.

¹¹⁸ Sul punto appare significativa l'esperienza francese della *Loi n. 201-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique*, che, tra le altre misure, introduce una disciplina del conflitto di interessi con stringenti obblighi di dichiarazione e astensione, sottoposta al controllo dell'Alta Autorità per la trasparenza della vita pubblica.

alla corruzione – lungi dal limitarsi a prendere in considerazione solo il “versante statico” della pubblicità e dell’accesso a puntuali documenti amministrativi, deve essere preordinata a rendere realmente comprensibile l’intera attività amministrativa e, quindi, il concreto esercizio della funzione che, come è noto, trascende l’emanazione di singoli atti¹¹⁹. Proprio al fine di assicurare una “trasparenza diffusa”, diviene pertanto essenziale favorire il rafforzamento di quella pluralità di tecniche giuridiche che appaiono indispensabili per assicurare una reale intellegibilità dell’azione amministrativa nella sua dimensione “dinamica” e che, invece, soprattutto con riguardo all’attività amministrativa di carattere generale, appaiono ancora eccessivamente sacrificate¹²⁰.

Un simile percorso potrebbe favorire l’affermazione di un principio generale di trasparenza che – liberato dalla logica “conflittuale” della difesa del cittadino dall’amministrazione – sia in grado di disvelare quella «eccedenza di contenuto deontologico» che prescinde dall’applicazione di singole discipline di settore¹²¹ e che, soprattutto,

¹¹⁹ Come rilevato già da M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 988 ss. Sul punto A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 40, sottolinea che la trasparenza va intesa come «trasparenza nell’agire, nel comportamento (dell’Amministrazione) e non come trasparenza dell’atto».

¹²⁰ Il tema, peraltro, si inserisce all’interno di una più generale tensione tra “garanzie” e logica del risultato, tensione che pervade tutti gli istituti della l. n. 241/1990, e che trova una delle manifestazioni più critiche negli orientamenti in tema di illegittimità non invalidanti, M. D’ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., spec., 341-343.

¹²¹ Come sottolineato da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, i principi generali hanno una funzione etero-integrativa, «una forza di espansione, non meramente logica, ma assiologica [...] tale da trascendere il mero diritto positivo». Secondo questa impostazione, i principi sono dotati di «criteri direttivi per l’interpretazione e di criteri programmatici per il progresso della legislazione» e, per questo, distinguibili dalle singole norme dell’ordinamento: per tale ragione, «in quanto criteri di valutazione immanenti all’ordine giuridico», i principi sarebbero caratterizzati «da un’eccedenza di contenuto deontologico, (o assiologico, che dir si voglia), in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema». Ciò, tuttavia, non priverebbe di forza “normativa” i principi, posto che, come evidenziato da N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *N.ss. D.I.*, Torino, 1966, XIII, 887 ss., non solo nel linguaggio dei giuristi, ma anche nel senso comune, il principio assolverebbe alla funzione di fornire «prescrizioni, cioè modelli di condotta agli operatori giuridici», in ciò non differenziandosi «da quella cui adempiono norme particolari» (890); nello stesso senso anche R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *D. disc. priv.*, Torino, 1996, vol. XIV, 343, il quale mette in luce l’esistenza di una distinzione «debole» tra i due concetti, posto che il prin-

trascende la diversa natura giuridica (pubblica o privata) dei soggetti coinvolti e degli strumenti utilizzati¹²². E una simile prospettiva si ri-

cipio sarebbe solo una specie particolare di norma. È stato tuttavia messo in luce da A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *I principi generali del diritto*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992, 13 il diverso livello di «determinatezza» e di «prescrittività» che caratterizzerebbe la regola giuridica allorché si atteggi come norma-principio ovvero come semplice norma: e infatti, se si muove dall'idea di norma «nel senso specifico di regola di fattispecie, strutturata sulla previsione di un evento e sulla prescrizione di un'azione condizionata alla verifica dell'evento», in tale specifica accezione «la norma si contrappone al principio, che è una regola tendenzialmente incondizionata o sottoposta ad una condizionalità diffusa e non puntuale». Secondo l'A., quindi, norma e principio pur essendo entrambi riconducibili al concetto di «regola giuridica», esprimono, la prima quella «regola giuridica che disciplina situazioni di interesse determinate mediante precetti determinati», il secondo quella «regola giuridica caratterizzata dalla indeterminatezza quanto al momento dell'azione (il dover-fare) o anche quanto al momento del risultato dell'azione (il dover-essere del valore giuridico)»: si potrebbe pertanto parlare di distinzione tra una «regola di indirizzo» (il principio generale) e una «regola di «fattispecie» (la norma).

¹²² Come sottolineato da M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 52 s., il quale considera il «principio di trasparenza» come un «canone di diritto comune applicabile a soggetti privati e pubblici» e che «per la pubblica amministrazione diviene cogente sia in relazione all'attività privatistica che a quella pubblicistica». Sul problema della configurabilità della trasparenza come principio, ancorché con riferimento all'ordinamento europeo, si veda l'importante contributo di J. RIDEAU, *La transparence dans l'Union européenne: mythe ou principe juridique?*, Parigi, 1999. Va evidenziato che il dibattito sulla possibilità di configurare la trasparenza come autonomo principio del diritto si è sviluppato, nel diritto privato, a partire dal problema dell'autonomia dello stesso dai principi di buona fede e correttezza: sul punto si veda S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, cit., 1282, secondo cui si andrebbe configurando un principio di trasparenza «che taglia trasversalmente tutto il nuovo diritto dei contratti diseguali» e che quindi non sarebbe più concepibile come «una nozione ancillare della buona fede» (così 1318). In particolare la configurazione della trasparenza come autonomo principio è stata sostenuta da E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droits des contrats*, Paris, 2006, 236 secondo cui essa ormai supererebbe la «domaine de la notion» per divenire vero e proprio «principe»: un principio autonomo, non più ancillare alla buona fede, ma a cui al tempo stesso si connettono altri principi «qui en constituent autant d'applications particulières». Nello stesso senso è stato sottolineato che la trasparenza sarebbe un principio autonomo e dotato di una propria razionalità in grado di conformare il contenuto e la struttura del contratto: si veda, in particolare, G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 705 ss.; SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 167 ss. Altri, invece, continuano a sostenere che la trasparenza non sarebbe nient'altro che una puntuale espressione del principio di correttezza nei rapporti contrattuali, in particolare: F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica delle clausole abusive*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commenta-*

velerebbe di fondamentale importanza non solo per favorire un processo di interpretazione in chiave evolutiva degli istituti e delle discipline già esistenti¹²³, ma anche per dare una più efficace risposta alle nuove “domande di trasparenza” imposte dalla repentina trasformazione dei rapporti giuridici, economici e sociali¹²⁴.

rio al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore (art. 1469-bis - 1469-sexies), Padova, 1997, 768 secondo cui il principio di trasparenza «è sovraordinario tanto all'esigenza di informazione quanto all'esigenza di correttezza» e che esso «sarebbe chiaramente evincibile, in materia di clausole *stricto sensu* vessatorie, dagli artt. 1341 e 1342, comma 1»; in una prospettiva simile, secondo F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, 34 la trasparenza costituirebbe una delle modalità con cui si manifesta l'agire contrario a buona fede.

¹²³ In questa prospettiva, ad esempio, appare di assoluto interesse quell'orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. II, 1 ottobre 2013, n. 4681) che, nonostante l'esclusione del dovere di motivazione per gli atti normativi e a contenuto generale disposta dall'art. 3, co. 2, l. n. 241/1990, ha comunque esteso tale principio agli atti determinativi dell'ammontare dei tributi, che pure hanno portata generale, sulla base della «natura “mista” di tali provvedimenti» che quindi «impono la motivazione per la quantificazione del costo del servizio e la determinazione della tariffa, nonché per la scelta delle modalità di applicazione della tariffa medesima, per l'individuazione delle agevolazioni e delle riduzioni tariffarie, e – ancora – per la determinazione delle modalità di riscossione e dei coefficienti per l'attribuzione della parte fissa e della parte variabile della tariffa predetta». Sulla funzione «interpretativa» dei principi, N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, cit., 895.

¹²⁴ In questa prospettiva, quindi, la ricostruzione della trasparenza come principio generale può assumere un rilievo decisivo proprio nei casi di «lacuna» del diritto, la quale, secondo l'insegnamento di A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, cit., 19, ricorre allorché alla «nuova situazione di interesse» derivante dai «fatti della vita sociale» non corrisponda «una situazione di interesse formalizzata in una proposizione normativa». Sottolinea l'importanza della funzione integrativa dell'ordinamento ricoperta dai principi generali anche S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 514, secondo il quale essi assicurano una «regolamentazione a casi cui non corrispondono norme specifiche».

Il *Service public* come principio in Duguit e Hauriou

Giovanna Montella

SOMMARIO: 1. Il *service public* tra *réalité sociale* e *puissance publique*. – 2. Il *service public* come principio fondamentale per la teoria dello Stato nella concezione di Léon Duguit. – 3. Il *service public* come organizzazione pubblica di poteri nella concezione di Maurice Hauriou. – 3.1. La gestione dei servizi pubblici. – 4. Alla ricerca delle radici del dibattito scientifico.

1. *Il service public tra réalité sociale e puissance publique*

Il significato del sintagma “servizio pubblico” contrariamente alla semplicità dell’espressione nelle varie lingue, è di difficile interpretazione, in quanto atto a definire non solo la competenza del giudice amministrativo, ma anche a contrassegnare ideologicamente una teoria dello Stato.

La nozione ha avuto sorti alterne che ne hanno, nell’evoluzione storica, compromesso una definizione puntuale pur rappresentando il servizio pubblico un elemento centrale della dottrina del diritto amministrativo francese poiché destinato ad influire sulle finalità e l’organizzazione delle istituzioni pubbliche dal momento che il potere stesso dello Stato trova la sua giustificazione nella possibilità di garantire servizi alla collettività.

Benché l’espressione nella sua essenza semantica si possa far risalire al XV secolo, si deve alla storica decisione francese del Tribunale dei conflitti dell’8 febbraio 1873, nota come *Arrêt Blanco*, l’affermazione della competenza del giudice amministrativo per i ricorsi riguardanti la responsabilità del potere pubblico per danni causati ai singoli da funzionari incaricati di svolgere un servizio pubblico¹.

¹ Il fatto si può riassumere come segue: una bambina fu investita di fronte al deposito di tabacchi di Bordeaux da un rimorchio che alcuni impiegati pubblici spingevano all’interno dello stabilimento. Il padre della bambina (frattanto la malcapitata aveva subito l’amputazione dell’arto) presentò ricorso contro gli impiegati e lo Stato come civilmente responsabili dell’accaduto. Il *Tribunal des conflits* stabilì la sola competenza del giudice amministrativo a decidere sull’indennità dovuta dallo Stato alle vittime di danni causati da pubblici impiegati durante la resa di un servizio pubblico, in quanto tale indennizzo sottostava a regole speciali che variavano tra due necessità: quella del bisogno del servizio e quella di conciliare il diritti dello Stato con quelli dei privati.

Tuttavia il dibattito teorico sul valore concettuale del *service public* assumerà particolare rilievo ed interesse allorché, durante il primo decennio del XX secolo, si vengono a scontrare due modelli teorici di particolare rilevanza: quali quello di Léon Duguit, il caposcuola della cosiddetta *École du service public* che ebbe sede presso l'Università di Bordeaux, ed il modello individuato da Maurice Hauriou, il più insigne esponente dell'Accademia di Tolosa a cui si deve la teoria istituzionalistica.

I due illustri studiosi erano mossi da differenti finalità apparentemente inconciliabili: Duguit vedeva nello sviluppo del servizio pubblico l'evoluzione della sua teoria dello Stato fondamento e limite del potere sovrano; Hauriou invece, in omaggio al riaffacciarsi in Francia del sistema repubblicano grazie alle leggi costituzionali del 1875, scorgeva nell'affermazione del rafforzamento del potere pubblico, in seguito alla tanto attesa svolta costituzionale, il collegamento con la primaria necessità di convivenza e aggregazione all'interno dello Stato.

È appena il caso di menzionare come la nota definizione data da Léon Duguit del “*service public*” prevedesse una cooperazione dei servizi organizzata dai governanti e come tale intuizione fosse rigorosamente connessa alle tre grandi tappe che in maniera differente hanno rappresentato, secondo la sua concezione, l'evoluzione del concetto di funzione pubblica. A partire dall'era Monarchica, infatti, essa aveva attraversato la stagione rivoluzionaria, che ebbe come intento quello di creare una società dedita alla conquista del bene comune e alla difesa dei diritti, per giungere allo Stato assistenziale all'insegna del conseguimento e del successivo raggiungimento del comune benessere attraverso il lavoro, la cultura, la felicità e la protezione economica².

Hauriou, nella prefazione all'undicesima edizione dei suoi *Précis de droit administratif et de droit constitutionnel* del 1926, individuava le due *idées maîtresses* dell'organizzazione amministrativa francese nel servizio pubblico: da un lato, in quanto attività principale della pubblica amministrazione e nella *puissance publique*; dall'altro, come mezzo per la realizzazione di quell'attività. Egli rilevava, inoltre, come la dottrina giuridica non fosse riuscita a porre sullo stesso piano le due idee e avesse di conseguenza avuto la necessità di scegliere

² L. DUGUIT, *Révue de droit public*, 1907, 417.

quale fosse la dominante. Difatti, facendo ricorso ad un approccio intuitivo, quegli studiosi fondarono il diritto amministrativo francese sulla *puissance publique* in ragione della percezione che il principio della separazione dei poteri, uno dei baluardi della legislazione rivoluzionaria, avesse contribuito ad indebolire il potere esecutivo palesandone la staticità.

Successivamente, la stessa dottrina giuridica situò l'ambito riservato al diritto non negli obbiettivi perseguiti, bensì nei mezzi impiegati per raggiungerli e, di conseguenza, nell'esercizio delle competenze.

Le finalità dello Stato appaiono, dunque, secondarie rispetto agli strumenti a disposizione della volontà dei governanti per la realizzazione delle stesse³.

Su questo punto la critica di Hauriou è rivolta non tanto verso l'amico sincero ed antagonista teorico Duguit, a cui egli fu fraternamente legato, quanto verso coloro che, abbracciando la tesi della sostituzione della nozione di *service public* come fondamento teorico in luogo di quella della *puissance publique*, tendevano a mettere in ombra le precedenti teorizzazioni sulla sovranità, sul potere politico e sull'autorità pubblica, con il risultato di influenzare negativamente le giovani generazioni di studiosi distraendoli dalla conoscenza dei fondamenti di una tradizione che si trovava pertanto costretta a dover difendere quella che avrebbe dovuto rappresentare la verità. Poco più avanti, nella stessa opera, le sue parole sono rivolte direttamente a criticare la formulazione del Maestro di Bordeaux secondo la quale il servizio pubblico si configura come qualsiasi attività il cui compimento debba essere assicurato, disciplinato e controllato dai governanti, in quanto per sua stessa natura la sua attuazione deve realizzarsi attraverso la forza dei governanti⁴.

Tale affermazione, nella percezione di Hauriou, conduce all'idea che il servizio pubblico si realizzi esclusivamente mediante l'intervento del potere che verrebbe assunto nella sua qualità di fatto, o meglio di forza e neppure quella più rilevante, e non come una nozione giuridica. Il *ché* rappresenta una critica, di non poco conto, alla scientificità del pensiero di Léon Duguit.

Per Hauriou l'organizzazione amministrativa affonda le sue radici nel potere, un potere "istituito", vale a dire collocata nel più ampio

³ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, Paris, 1926, IX ss.

⁴ L. DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, 2 éd. II, 1923, 34.

contesto individuato da una organizzazione derivante da un'idea. Un'idea che Egli rinviene nel *service public* come servizio che deve essere reso al pubblico e che trae le sue origini da ciò che egli definisce “*idée du service du roi*” e che, in seguito, evolverà in “*service public*”. L'importante è per Hauriou che l'*idée* sia proprio quella di rendere un servizio e non di cedere a ciò che sovente si configura come la qualificazione tipica del potere in senso negativo e semplicistico e che per questo, diviene oppressiva. Il ricorso al potere politico deve, perciò, essere strumentale al servizio reso ai consociati. Chi agisce in nome del potere pubblico diviene funzionario giacché il suo compito principale è quello di compiere una funzione o un servizio ed il potere che egli detiene è solamente un mezzo per raggiungere un risultato. Attraverso il processo cosiddetto dell'autolimitazione, il potere viene addirittura sottomesso alla funzione pur essendo ad essa superiore⁵.

Duguit, d'altro canto nega il potere pubblico o meglio, la sovranità stessa come fondamento del diritto pubblico, e lo sostituisce con la nozione di servizio pubblico: poiché lo Stato non è più l'emanazione del potere di una collettività sovrana, bensì una federazione di pubblici servizi della cui organizzazione i governanti sono i responsabili⁶.

2. *Il service public come principio fondamentale per la teoria dello Stato nella concezione di Léon Duguit*

La nozione di *service public* per Duguit è insita nell'animo umano fin dal momento in cui si è formata la distinzione tra governanti e governati, quindi dal momento in cui si è percepito che la formazione dello Stato traeva con sé l'idea che determinati obblighi e competenze si imponessero ai governanti verso i governati in virtù della maggiore forza coattiva dei primi nei confronti dei secondi.

Lo Stato ha dunque il potere di imporre la sua volontà ma anche l'alto dovere di rispettare gli impegni e gli obblighi dei quali è investito. Il passaggio successivo è rappresentato dalla negazione dello Stato-Persona giuridica che, secondo Duguit, aveva rappresentato per i teorici della sovranità la giustificazione del potere pubblico in quanto diritto e che rendeva necessario il ricorso al riconoscimento della personalità giuridica dello Stato. Una giustificazione del potere

⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, 1933, 13 ss.

⁶ L. DUGUIT, *Les Transformations du droit public*, 1913; *Traité de droit constitutionnel*, 3 éd., II, 1928, 1 ss.

che Duguit non accetta neanche nella versione successiva della doppia natura della personalità statale, o meglio delle due nature differenti del potere sovrano, delle quali una sola sarebbe provvista di personalità giuridica.

Un artificio che viene giudicato come rivelatore di contraddizioni ed incertezze segnali di una crisi profonda all'interno della teoria del diritto pubblico che si doveva inevitabilmente evolvere⁷.

Ad ogni buon conto, Duguit esprime tali critiche in un periodo storico ancora condizionato dagli eventi politici connessi all'*Affaire Dreyfus* ed alla definizione di democrazia come governo del numero in contrapposizione al governo della ragione, secondo la dicotomia utilizzata nel noto discorso dal Presidente del Consiglio Clemenceau nel 1908 in occasione dell'inaugurazione del monumento Scheurer-Kestner, allorché si scagliava contro l'esercizio del potere da parte di una democrazia simile a quella dei re de *l'ancien régime* e, pertanto, di un governo dispotico ed autoritario⁸.

L'intuizione di Duguit è di fatto collegata alla coscienza di un sentimento popolare che non si compiace della nozione sbrigativa di una sovranità come espressione della maggioranza del corpo elettorale, infatti – nella sua concezione – questa, da sola, non può essere principio teorico posto a fondamento del diritto pubblico.

A fronte di quanto esposto, la visuale si sposta dunque dalla sovranità come esercizio del "*droit subjectif de puissance*", alla funzione sociale che pone in capo ai governanti il dovere di agire al servizio dei cittadini. Tale passaggio che in Hauriou e Barthélemy approdava ad eliminare la nozione di potere pubblico in quanto diritto di comandare sui governati di cui lo Stato persona giuridica si riteneva titolare, pone in evidenza la nozione di *service public* come principio, alla quale anche Hauriou, secondo Duguit, si sarebbe avvicinato e che tuttavia non portò il collega di Tolosa a riconoscerla come unico e autentico fondamento dei sistemi giuridici della modernità⁹.

⁷ L. DUGUIT, *Les Transformations du droit public*, 1913, 34.

⁸ *Journal officiel*, 1° febbraio 1908. Un punto di vista peraltro in precedenza (1° febbraio 1906) apparso sulle pagine de *l'Humanité* il cui autore sarebbe divenuto a sua volta primo ministro: «*Il faut vivre avec son temps et ne pas perpétuer dans les mœurs le dogme d'un état souverain et infaillible, dont les fonctionnaires seraient les esclaves résignés et muets*».

⁹ Cfr. M. HAURIUO, *Principes de droit public*, 1910, 78 ss.; M. BARTHÉLEMY, *Droit administratif*, 7e éd., 1913, 41 ss.

Proprio quest'ultima consapevolezza conduce invece Duguit a perseverare nella sua approfondita disamina fino ad isolare i tre elementi costitutivi del *service public* che egli individua innanzi tutto nella definizione di governanti, nel fondamento dei doveri che ad essi si impongono e nell'oggetto di quei doveri.

Quanto alla natura dei governanti essi sono coloro che detengono di fatto il monopolio della forza ovvero la rappresentazione dell'evoluzione storica, economica e sociale di ogni paese, ciascuno con caratteristiche proprie. L'organizzazione del potere dunque subisce variazioni che dipendono dall'assetto territoriale, politico e sociale nel tempo.

Date queste premesse, i governanti debbono operare in modo che si realizzi quanto stabilito dalla *Règle de droit* che è il prodotto della *solidarité sociale*; la vita e la sicurezza degli individui devono essere protette in via generale, vale a dire che in essa vadano a ricomprendersi la sicurezza dei trasporti, dell'abitazione, tutela nei confronti della società per quelle attività che, per loro natura, possano creare nocimento alla vita degli altri consociati, la sicurezza e la salubrità dell'ambiente, la lotta alle epidemie; ed è proprio in ragione dell'acquisizione di questi obiettivi che secondo il Maestro di Bordeaux il compito dei governanti è quello di approntare misure per le quali occorrerà necessariamente la limitazione della libertà personale e questo può avvenire unicamente allorché siano soddisfatte due condizioni: la prima che queste limitazioni siano le stesse per ogni consociato, la seconda che tali restrizioni non superino il tetto indispensabile per salvaguardare la sicurezza e la salute di tutti e, affinché nessuno debba sopportare le conseguenze dovute ad una conduzione negligente, le limitazioni saranno le medesime per tutti e la libertà di tutti ridotta nell'interesse di ciascun individuo¹⁰.

Il diritto in senso proprio appare in questa prospettiva una creazione della psiche prodotta dalla società che induce i governanti alla soddisfazione dei bisogni di ordine materiale, intellettuale e morale dei governati¹¹.

Il gruppo sociale unito dal senso di solidarietà costituisce per Duguit il dato primario e, di conseguenza, la separazione fra governanti e governati avviene naturalmente in quanto considerata utile da questi ultimi.

¹⁰ Cfr. *Déclaration des droits* del 1789, artt. 4, 5 e 6.

¹¹ L. DUGUIT, *Les Transformations du droit public*, 1913, 47.

L'oggetto del *service public* è quindi rappresentato da tutte quelle attività la cui realizzazione viene sentita come obbligatoria in quell'ambito sociale e in quel determinato periodo storico-politico.

Il servizio pubblico è dunque secondo la formulazione indicata da Léon Duguit «qualsiasi attività il cui compimento debba essere regolato, assicurato e controllato dai governanti in quanto indispensabile alla realizzazione e allo sviluppo dell'interdipendenza sociale e di una natura tale da non poter essere assicurato completamente se non attraverso l'intervento della forza dei governanti...pena il disordine in seguito all'interruzione dello stesso»¹².

Gli esempi che egli porta quali corollari a commento della sua affermazione di principio: a) lo sciopero dei ferrovieri del 1910, b) lo sciopero generale dei minatori inglesi del 1912, c) la legge Asquith che impose ai proprietari delle miniere il salario minimo per gli operai, sono la dimostrazione di quanto fosse importante stabilire un criterio formale per il riconoscimento di quelle attività di sostegno all'organizzazione del servizio pubblico e di come il risultato della loro sospensione potesse rappresentare un grave disordine sociale.

Lo studio del diritto pubblico stava dunque mutando il suo corso, la portata di quelle trasformazioni conduceva lontano da un potere investito del diritto soggettivo di comandare, lontano da uno Stato all'interno del quale sussistevano due tipologie di soggetti, il sovrano ed i suoi sudditi, legati da un rapporto sbilanciato sul piano dell'eguaglianza. Il diritto pubblico moderno si doveva basare su di un insieme di regole atte a determinare l'organizzazione del servizio pubblico secondo un andamento regolare e senza interruzione del servizio stesso. Non più normativa al servizio del potere e obbligatoria solo per i governati, bensì una norma fondamentale dalla quale derivino tutte le altre, che imponga ai governanti l'organizzazione e il controllo dei servizi pubblici al fine di evitarne la sospensione.

La funzione primaria di governo viene definita come la *fonction sociale des gouvernants*, ovvero quella i cui scopi primari sono l'organizzazione ed il funzionamento del servizio pubblico e che giustifica la sua consistenza nel realismo giuridico di cui Duguit è sicuramente uno dei più illustri rappresentanti. Come è noto il tema centrale della sua teorizzazione è rappresentato dalla *règle de droit* che trae vita dalla *solidarité sociale*. Il potere di incidere sulla sfera giuridica dei

¹² L. DUGUIT, *Les Transformations du droit public*, 1913, 51

singoli passa attraverso la certificazione di conformità ai fatti, a tutto quanto sia necessario al *milieu social* per produrre l'autorizzazione a governare secondo quelle regole che, sotto la pressione dell'opinione pubblica, vengono create per divenire *lois du service public*.

Nessuno potrà violare quelle leggi, né i singoli che utilizzeranno il servizio in maniera conforme alla legge, né i governanti o il loro funzionari che saranno obbligati ad organizzare e far funzionare il servizio secondo le norme di legge che essi stessi hanno posto in essere e che non permetteranno loro di impedirne la realizzazione.

I pubblici servizi sono dunque istituzioni di diritto positivo, afferma Duguit, in ciò dichiarando apertamente la validità della definizione di Hauriou¹³.

Il tratto positivistico dei pubblici servizi elimina il potere di incidere unilateralmente nella sfera del singolo giacché i governanti non sono più organi di una persona collettiva provvista di potestà di *imperium*, bensì gli incaricati della gestione degli affari della collettività.

Ciò consentirebbe, altresì, di scongiurare il pericolo di una crescita eccessiva del potere dei governanti conseguente al progressivo incremento del numero dei servizi. Secondo Duguit, se pure il progresso e l'evoluzione della società sicuramente produrranno nuove necessità e di conseguenza nuovi uffici, di fatto quello che scompare è il potere pubblico dei governanti e ciò anche in ragione del movimento di decentralizzazione del potere che rappresenta una delle caratteristiche più importanti della moderna evoluzione dello Stato. In particolare il riferimento è ai vari sistemi di decentralizzazione: regionale, patrimoniale, funzionale e alla concessione in cui il funzionamento del servizio è affidato ad un soggetto che agisce sotto il controllo dei governanti.

Duguit vede dunque nella decentralizzazione e, parimenti, nell'industrializzazione gli strumenti adatti alla sua personale idea di razionalizzazione e spersonalizzazione del potere che non persuade completamente e soprattutto non convince sul piano della sua effettiva realizzazione: vale a dire l'eliminazione del potere¹⁴.

¹³ Così M. HAURIU, *Droit administratif*, 5 éd., 1907, 1 ss.; *Principes de droit public*, 1910, 124 ss.

¹⁴ Esisterebbero dunque due categorie di servizio pubblico, una amministrativa ed una industriale o commerciale, sottoposte alla medesima regolamentazione quanto alla loro istituzione legislativa, aventi tuttavia qualificazioni giuridiche differenti.

L'analisi prospettata da Duguit sembra andare troppo lontano, ben oltre il settore pubblico. Allorché si appresta ad evidenziare i temi dell'industrializzazione e della commercializzazione dei servizi pubblici, e, in aggiunta a ciò, sembra difficile che ad un numero elevato di nuovi servizi nati dalla necessità sociale possa corrispondere un'altrettanto numerosa produzione normativa che dovrebbe essere il presupposto per l'esistenza stessa di quei servizi¹⁵.

Vero è che quando Duguit scriveva non si erano ancora stabilizzati quei punti di rottura che muteranno totalmente i rapporti tra cittadini e governanti durante il secondo dopoguerra e che verranno stigmatizzati nella mutazione del concetto di rappresentanza politica in seguito al consolidarsi del suffragio universale.

Va detto tuttavia che nello stesso periodo Maurice Hauriou con un ben diverso approccio al tema del *service public*, in quanto istituzione di diritto positivo, avrebbe indubbiamente mutato il corso della dottrina pubblicistica ed amministrativistica riuscendo a conferire alla medesima problematica un taglio scientifico di eccezionale rilievo giuridico.

3. *Il service public come organizzazione pubblica di poteri nella concezione di Maurice Hauriou*

Nel 1925 all'interno dei *Cahiers de la Nouvelle Journée* Maurice Hauriou definisce l'istituzione come l'idea *d'oeuvre ou d'entreprise* che si produce e persiste giuridicamente nell'ambito sociale per la cui realizzazione nasce un potere che si organizza per mezzo dei suoi organi. Più tardi, nel 1927, nei *Précis de droit administratif et de droit public général*, descrive il fenomeno istituzione come una qualsiasi organizzazione sociale che nasce allorché il potere di realizzazione di uno scopo fondamentale di cui è latrice viene indirizzato al perseguimento di un'idea originaria ed al suo funzionamento, attraverso un processo di autolimitazione atto a rendere più ampio il consenso per quell'idea nell'opinione pubblica e, nello stesso tempo, a stimolare l'istituzione stessa alla costruzione di forme giuridiche per l'attuazione di quell'idea¹⁶.

¹⁵ C. DIDRY, Léon Duguit ou le service public en action, *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, 52-3, juillet-septembre, 2005, 89.

¹⁶ *La théorie de l'Institution et de la fondation* (essai de vitalisme social), in *Cahiers de la Nouvelle Journée*, IV, 1925.

Ciò che Hauriou ci ha consegnato attraverso i suoi scritti, e che si può dedurre da quanto sopra illustrato, è imprescindibile dall'illustrazione della natura del *service public* così come descritta nei suoi *Précis*. Infatti, l'organizzazione dei servizi pubblici viene individuata come uno dei modi di procedere da intraprendere per la realizzazione dell'idea originaria da parte dell'autorità pubblica e di conseguenza uno dei mezzi più efficaci di cui si avvale la pubblica amministrazione per l'organizzazione delle sue attribuzioni.

Il servizio pubblico viene delineato come una organizzazione pubblica di poteri, di competenze e di condotte finalizzate a fornire al pubblico, regolarmente e continuativamente, un servizio definito in via primaria «*dans une pensée de police au sens élevé du mot*», cioè nella sua accezione di amministrazione di attività pubbliche per il benessere di tutti i consociati ed i cui tratti sono sintetizzati nei suoi tre elementi costitutivi: una organizzazione pubblica di poteri, di competenze e di condotte; la continuità e regolarità del servizio reso al pubblico; un'idea di organizzazione per il bene comune.

Quanto al primo degli elementi costitutivi questo è composto da esseri umani, ma da esseri umani dotati di particolari prerogative ispirate all'idea originaria propria dell'istituzione, vale a dire, da autorità amministrative provviste di potere decisionale e da funzionari, impiegati e agenti esecutivi incaricati di adempiere a funzioni di carattere tecnico-amministrativo, accomunati da un insieme di comportamenti originati dall'influenza reciproca di poteri e competenze. Tali condotte sono previste da regolamenti amministrativi, circolari e, talvolta anche da leggi atte a definirle e sanzionarne la non conformità alla disciplina. Accade nondimeno che tali comportamenti oltrepassino i limiti della normativa di riferimento e questo sarebbe il motivo dell'esistenza di servizi pubblici ben resi e servizi pubblico che funzionano meno. Il riferimento è alla copiosa giurisprudenza del Conseil d'Etat in tema di *responsabilité pour fait de service* che divenne particolarmente ampia a seguito della storica decisione del *Tribunal des Conflits*, l'*Arrêt Blanco* del 1873, cui si è fatto in precedenza riferimento, che sancì la competenza del giudice amministrativo in caso di responsabilità per danno causato durante l'espletamento di un servizio pubblico¹⁷. La decisione del 1873 consacrava,

¹⁷ Il *Tribunal des Conflits*, venne istituito dall'art. 89 della Costituzione della II Repubblica francese nel 1848 con il compito di dirimere i conflitti di competenza tra

infatti, la responsabilità dello Stato mettendo fine ad una lunga tradizione di irresponsabilità che fino ad allora trovava delle eccezioni esclusivamente in caso di responsabilità contrattuale o in caso di tutela accordata in forma specifica da interventi legislativi, quali ad esempio la legge del 28 *pluviôse* dell'anno VIII, per i danni causati da lavori pubblici. Per la prima volta il *service public* assurge al ruolo di principio nonché criterio di competenza del giudice amministrativo affermando la specificità della normativa applicabile ai servizi pubblici e stabilendo un legame tra diritto e competenza.

Per quanto concerne il secondo tra gli elementi essenziali del servizio pubblico delineati da Hauriou, il servizio reso al pubblico deve avere le caratteristiche della continuità e della regolarità attraverso una struttura organizzativa adatta a rendere effettivo quel servizio, ciò che oggi si definirebbe, con un linguaggio burocratico «buona prassi amministrativa con ottimizzazione dei risultati».

In verità la rappresentazione del servizio reso al pubblico appare molto più articolata rispetto alla moderna definizione. Hauriou immagina una organizzazione del servizio gratuitamente offerta, salvo la contropartita dell'imposizione fiscale non collegata direttamente, né necessariamente proporzionalmente commisurata ad esso, una prestazione data a tutti coloro che, legati da interessi comuni, abitino una determinata porzione di territorio, la prestazione del servizio inoltre è fondamentale che sia egualmente distribuita e per questo è necessario che esista una organizzazione capace di garantirne anche continuità e regolarità che rappresentano il terzo elemento costitutivo del servizio pubblico. Proprio quest'ultima peculiarità è per Hauriou la chiave di volta affinché il servizio pubblico divenga un pilastro della vita civile. L'abitudine a poter contare sull'intervento pubblico liberando i cittadini dalla preoccupazione di dover provvedere, ad esempio, alla loro difesa personale o alla difesa della proprietà, se da un lato potrebbe servire ad eliminare le incombenze considerate più gravose dalla comunità dei cittadini, che avrebbero

giudice amministrativo e giudice ordinario «*Article 89. - Les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire seront réglés par un tribunal spécial de membres de la Cour de cassation et de conseillers d'Etat, désignés tous les trois ans en nombre égal par leur corps respectif. - Ce tribunal sera présidé par le ministre de la Justice*». In seguito a questa decisione viene affermata contemporaneamente la responsabilità dello Stato per i danni causati da servizi pubblici e la competenza a conoscerne del giudice amministrativo.

in questa maniera il tempo per dedicarsi a nuove imprese, dall'altro, l'idea di delegare allo Stato tali compiti potrebbe far insorgere nella mentalità dei singoli un sentimento di estraneità rispetto all'importante dovere di un vigilanza morale sul potere e tra i consociati.

Il disegno sistematico tracciato da Hauriou prende inoltre in considerazione l'indicazione di regole di carattere generale riguardanti la gestione dei servizi, il tema del monopolio, il concorso di più amministrazioni nell'attuazione del medesimo servizio, eventualità che segna l'ingresso dei cosiddetti accordi amministrativi nella gestione della coamministrazione.

3.1. *La gestione dei servizi pubblici*

Ovviamente, nella percezione di Hauriou tale organizzazione dei servizi pubblici non ha necessità di essere estesa a tutte quelle occupazioni atte a creare ricchezza essendo la stessa un bisogno privato e non un bisogno legato a ordine e utilità pubbliche¹⁸.

La gestione affidata direttamente alla pubblica amministrazione è, secondo Hauriou, il modo più conforme alle regole e ai fini della buona conduzione di tali attività; d'altronde per sua natura è correlato direttamente all'idea che il servizio reso al pubblico sia una primaria preoccupazione della pubblica amministrazione, concetto che procede di pari passo con la convinzione che quanto percepito dallo Stato attraverso la riscossione delle imposizioni fiscali debba essere solo in minima parte a carico dei privati cittadini. Tale modalità che in Francia viene indicata con la denominazione di *régie administrative* si caratterizza, nella definizione data da Hauriou, per il fatto che il servizio pubblico gestito direttamente dall'amministrazione diviene una sorta di organo della stessa che, con l'uso delle sue prerogative di pubblico potere e attraverso i suoi pubblici funzionari, si occupa di far svolgere quell'attività di servizio pubblico in modo efficiente e grazie alle risorse iscritte in bilancio.

L'intermediazione di un concessionario che si assuma il rischio economico dell'eventuale mal funzionamento del servizio nel caso in cui la gestione di questo tipo risultasse fallimentare, rappresenta invece il tratto tipico del regime giuridico della concessione che viene

¹⁸ «*La richesse n'est pas un besoin public, mais au contraire un besoin privé*» HAURIOU, *op. cit.*, 66.

a caratterizzarsi come collaborazione tra privato e amministrazione ai fini della conduzione del servizio stesso. La situazione che ne scaturisce, sottolinea Hauriou, è decisamente più complessa dal punto di vista giuridico in quanto occorre conciliare interessi di natura differente: quello del servizio da rendere al pubblico e quello del concessionario che si incarica di organizzare quel servizio e realizzare al meglio quanto indicato nella concessione. Due sono gli elementi dalla cui combinazione si raggiunge l'equilibrio: la determinazione delle regole da seguire, in quanto esercizio di *puissance publique*, con la quale disciplinare l'istituzione del servizio, la temporaneità della concessione, l'organizzazione e la valorizzazione dello stesso; la conclusione di un contratto il cui oggetto sia riferito a quanto contenuto nelle norme poste dall'amministrazione circa l'andamento della concessione.

In questo senso va anche la soluzione prospettata da Hauriou nel caso del cosiddetto monopolio di fatto. Allorché l'amministrazione pubblica proceda ad una concessione al fine di assicurare il servizio pubblico come nel caso di trasporti o di distribuzione dell'energia, il conferimento della gestione di quel servizio comporterebbe allo stesso tempo la concessione di una attività in monopolio a detrimento dell'interesse pubblico. In tal caso una precisa regolamentazione formale della concessione atta a non impedire la costituzione di una concessione simile per il medesimo servizio riporterebbe in equilibrio gli interessi in conflitto¹⁹.

Il ricorso ad un sistema di economia mista, che preveda la collaborazione tra amministrazioni e privati per la gestione di attività che rivestano un pubblico interesse attraverso il ricorso alla metodologia privatistica e, generalmente attraverso al sottoscrizione di titoli azionari, viene esaminata da Hauriou come una questione assai delicata in quanto la preoccupazione dell'amministrazione di controllare dall'interno alcune imprese le cui attività siano da considerarsi di pubblico interesse, porta con sé il problema della responsabilità finanziaria del controllore, in quanto, ove lo Stato volesse imporre all'impresa un determinato modo di procedere, l'impresa, per il tramite del suo consiglio di amministrazione potrebbe decidere di far assumere allo Stato la responsabilità del deficit, occorrerà dunque che la

¹⁹ V. C.E., 20 mai 1881, *Ville de Crest*, R.p., 522; C.E., 4 mars 1904, *Société du chemin de fer funiculaire de Rouen-Eauplet*, R.p., 198.

collettività divenga il maggiore azionista di quell'impresa affinché le decisioni prese siano conformi al pubblico interesse di cui l'amministrazione pubblica è portatrice. Una attività di questo genere di fatto non sarà industriale o commerciale e di conseguenza i privati in essa coinvolti vorranno essere garantiti al massimo dall'amministrazione partecipante per rimanere nel progetto imprenditoriale²⁰.

4. *Alla ricerca delle radici del dibattito scientifico*

Nello sviluppare la sua teoria Duguit, con un approccio di tipo funzionalistico, vede nella progressiva espansione delle attività dello Stato a favore dei cittadini, la limitazione del suo potere. La nozione è un dato oggettivo e materiale non deve essere creato preventivamente ma deve constatarsi nella realtà sociale ed è questo il senso del noto passaggio del *Traité* con il quale definisce il servizio pubblico come: «*toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est d'une telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par les gouvernants*»²¹.

Si tratta di un'astrazione, di un concetto quasi trascendentale quello che egli espone quando sostiene che la nozione di servizio pubblico diverrà reale solo allorché nella società moderna si osserveranno dei fatti che ne rappresenteranno la sintesi ed si assumeranno

²⁰ Appare tuttavia abbastanza chiara la propensione del Maestro di Tolosa per il servizio pubblico affidato alla gestione della pubblica amministrazione, ciò si può evincere non solo dalla lettura delle pagine della sua imponente dottrina, ma anche dall'analisi dei suoi numerosissimi commenti alle decisioni del Conseil d'État dove le sue opinioni sono espresse forse ancor più chiaramente. Cfr. ad esempio, M. HAURIUO, *Exploitation théâtrale et Service public: nature juridique d'une convention portant sur la concession d'un emplacement pour la construction d'un "Palais philharmonique"*, Note sous Conseil d'Etat, 7 avril 1916, Astruc et Société du Théâtre des Champs-Élysées c. ville de Paris, S. 1916.3.41 dove si legge quanto segue: «*C'est qu'en effet, la définition du service public par l'intention subjective de l'Administration qui organise l'entreprise serait éminemment dangereuse, s'il devait en résulter que l'Administration pourrait ériger en services publics toutes sortes d'entreprises. Il y a, évidemment, dans la nature même des entreprises, des obstacles, des résistances, des limites objectives. Toute la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la municipalisation des services repose sur cette idée que l'entreprise, dont l'exploitation conserve des aléas industriels ou commerciaux, répugne par elle-même au service public*».

²¹ L. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, t. III, 3ème éd. 61.

nella loro qualità di sovrastrutture di istituzioni positive. Solo nella legittimazione della realtà sociale le istituzioni possono o meno divenire servizio pubblico.

Da cui potrebbe anche ritenersi che il servizio pubblico non sia per Duguit una categoria giuridica sebbene sia certamente un principio fondante per la sua teoria dello Stato, in quanto si configurerebbe come fondamento e limite allo stesso tempo del potere dei governanti, un principio sostanziale che egli proclama con grande enfasi fino a convincersi che attraverso la teoria del servizio pubblico «*ma théorie de l'Etat se trouve achevée*».

Tale assimilazione va spiegata precisando che l'intento di Duguit era quello di combattere le dottrine imperniate sulla sovranità e dunque sulla *puissance publique* dal momento che queste ultime a suo giudizio avrebbero condotto al rilancio dell'assolutismo statale. Ciò che viene posto a fondamento dello Stato non deve essere ricercato nell'esercizio dei diritti da parte del sovrano, bensì negli obblighi dei detentori del potere nei confronti dei governati. Obblighi che si realizzano nel servizio da offrire al pubblico e che divengono fondamento e limite del potere che si dissolve nel momento in cui tali obblighi cessano. I poteri dei governanti muteranno nel tempo ma resterà costante il dovere di compiere per i governanti una serie di attività caratterizzanti l'assolvimento della loro missione: la realizzazione di attività che essi sono obbligati ad esercitare nell'interesse dei governati. La proliferazione dei servizi pubblici come limitazione del potere è tipica di uno Stato assistenziale che in Duguit, peraltro, non entra in contraddizione con i principi dello Stato liberale ove si possa stabilire che chi governa decide di soddisfare i bisogni degli individui, e pur tuttavia, è proprio in questa decisione che si scorge l'autentico valore del potere.

L'organizzazione dei servizi pubblici in continua espansione, così come descritta da Duguit, viene completata inoltre attraverso il ricorso a strumenti a difesa dei diritti e delle libertà fondamentali che vanno dalla possibilità da parte dei funzionari di poter godere delle garanzie offerte dall'ordinamento quali libertà di opinione, di coscienza, di associarsi in organizzazioni sindacali, nonché alla decentralizzazione dei servizi.

Il tema del decentramento amministrativo è molto caro a Duguit, egli vi ha dedicato numerosi approfondimenti nella preoccupa-

zione di individuare un'organizzazione dei servizi che ponesse al riparo dal rischio di un eccessivo incremento del potere dei governanti e di conseguenza della *puissance publique* direttamente commisurata all'espansione del numero dei servizi.

Duguit è contrario alla monopolizzazione del settore pubblico ed è altresì sfavorevole alla visione socialista del tempo secondo la quale lo Stato avrebbe dovuto aumentare il numero delle attività monopolizzate. Nella sua idea, al contrario, lo Stato avrebbe dovuto diminuirne il numero considerevolmente onde aprire la strada alla possibilità da parte dei privati di esercitare attività tali da configurare l'oggetto di un servizio pubblico e ciò in quanto, come egli sostiene, fino a quando l'iniziativa privata sarà in grado di assicurare in modo soddisfacente il suo riferimento va alle miniere e alle assicurazioni, «*j'estime qu'il serait singulièrement imprudent de les organiser en services publics monopolisés*».

Sulle conseguenze di questi ragionamenti ha indirizzato le sue critiche alla dottrina duguittiana, Maurice Hauriou, osservazioni che procedono lungo la linea tracciata da un'inversione di tendenza nell'interpretazione della nozione di servizio pubblico. Per Hauriou non vi è nulla di male nel fatto che i governanti traggano il loro potere dall'esercizio delle funzioni amministrative. Il servizio reso o l'individuazione in prospettiva di un servizio da rendere sono già per loro stessa natura in grado di originare potere e non immaginare che siano, proprio per questo motivo una garanzia per la conservazione del potere è per Hauriou una autentica ingenuità in quanto la *puissance publique* è il braccio forte della pubblica amministrazione la sua "armatura morale" necessaria a comprendere come la sua attività sia improntata all'interesse generale e non ad interessi di parte.

Esiste un nesso tra queste due posizioni apparentemente così diverse? Se esiste va sicuramente rinvenuto nella reciproca frequentazione dei due studiosi fin dagli inizi della loro carriera, allorché si trovarono all'università di Bordeaux in qualità di amici, studenti e candidati all'*agrégation* nel 1883. Entrambi furono influenzati dalle lezioni di Henry Barckhausen che in quegli anni tenne un corso di storia del diritto a Bordeaux e che permise loro di dedicarsi con passione allo studio dell'evoluzione storica del diritto.

Hauriou ebbe qualche riserva in merito all'inserimento nel suo corso di elementi di sociologia che al contrario Duguit non esitò ad abbracciare.

Sicuramente i due studiosi ebbero modo di conoscere Durkheim che insegnò fino al 1902 nell'università di Bordeaux alle idee del quale entrambi si appassionarono e soprattutto per quanto riguarda il tema della divisione del lavoro.

Per quanto riguarda Léon Duguit, i fondamenti di questo percorso possono già essere apprezzati nella ricchezza dei due volumi: *L'État, le droit objectif et la loi positive* pubblicato e *L'État, les gouvernants et les agents* pubblicati per i tipi delle prestigiose edizioni Albert Fontemoing, nei quali elabora la dottrina per la quale combatterà tutta la vita.

I due volumi del 1901 e del 1903, danno conto in più parti dell'interesse alla elaborazione scientifica contenuta degli scritti di Durkheim, presente anche in tutta la sua produzione successiva laddove tratta dei fondamenti delle sue teorizzazioni; in effetti tutta la problematica relativa al fondamento della règle de droit sul fatto sociale ne è testimonianza. È appena il caso di ricordare che la definizione di fatto sociale data dal Durkheim nella sua opera «*Est fait social toute manière de faire, fixée un non, susceptibles d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure*»; è il fondamento scientifico sul quale Duguit costruirà la sua dottrina della *Solidarité sociale*²².

Nel 1894, anche Hauriou si determina a porre le basi per la costruzione di una sua teoria sociologica e lo fa attraverso un saggio apparso nella *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* nel quale dedica il suo studio all'analisi delle teorizzazioni di Durkheim e Tarde.

Dopo aver constatato il momento di crisi della scienza sociale incapace a suo avviso di individuare nozioni utili per il fondamento di una regola di condotta, cita i due sociologi francesi come gli unici che abbiano in qualche modo trattato il problema della morale. Tarde avrebbe il merito infatti di aver fondato sull'individualismo una scienza sociale, Durkheim di aver, attraverso l'idea della divisione del lavoro, previsto una forma di organizzazione sociale nella quale il vecchio sistema delle cosiddette similitudini sociali avrebbe lasciato il posto al concetto di solidarietà sociale fondata al contrario sulle differenze e le specializzazioni.

La solidarietà sociale a cui Hauriou fa riferimento è l'idea presente nella sua teoria istituzionale come principio di aggregazione

²² V. E. DURKHEIM in *Les Règles de la Méthode sociologique*, Paris, 1019, 19.

per la sopravvivenza e, successivamente come organizzazione emersa dal progresso che sviluppa un principio ordinatore interno alla società, o meglio un'anima come lo stesso Hauriou definisce, atta a legittimare il potere pubblico.

La solidarietà sociale fa sì che la linea di demarcazione tra le due scuole di pensiero diviene dunque più sottile ed è proprio Duguit a sottolinearlo in occasione degli scritti dedicati al Maestro di Tolosa, pubblicati in edizione postuma nel 1929, dove, ripercorrendo il segno tracciato in precedenza sul tema dei caratteri generali del servizio pubblico, dedica la sua attenzione all'esame delle critiche sollevate relativamente a quel tema da parte del suo collega ed amico.

Duguit rende omaggio al fondamento del pensiero scientifico di Hauriou decidendo di adottare il lemma "*institution*" per la definizione del quadro generale oggetto del suo contributo all'interno dell'opera commemorativa²³.

Egli sottolinea come il servizio pubblico sia effettivamente una istituzione nel senso attribuito al termine da suo «*savant collègue et ami*» e cita le prime pagine dei *Précis de droit administratif et de droit public* nelle quali si legge: «*Si le régime administratif repose essentiellement sur le pouvoir, il faut reconnaître que ce pouvoir est institué, c'est-à-dire encadré dans une organisation soumise à une idée. Cette idée est celle du service publique. Elle à commencé par être l'idée du service du roi pou devenir ensuite celle du service public*».

Come ogni istituzione, continua Duguit, commentando citazione del collega, il servizio pubblico è un concetto che si avvera e persiste con valore giuridico nell'ambito sociale per la realizzazione del quale si crea un potere in grado di indirizzare i consociati verso l'attuazione dell'idea primaria attraverso la costituzione di organi e regole procedurali. Questo è il punto nodale in cui la concezione di Duguit sul valore fondante del servizio pubblico risulta suffragata dall'idea primaria come creatrice di norme organizzative e disciplinari²⁴. Il servizio pubblico in quanto istituzione è forza generatrice di

²³ Si tratta del saggio di L. DUGUIT, dal titolo: *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public*, in *Mélanges Hauriou*, Parigi, 1929, 253 ss.

²⁴ «*L'idée directrice de toute entreprise tend à s'exprimer sublectivement; elle s'exprime d'abord dans toute institution par des règles de droit disciplinaires ou statutaires que pour ainsi dire elle secrète*». Così M. HAURIOU, *La cité moderne et les transformations du droit public, Les Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, 10 e 32.

norme giuridiche che si impongono non solo a coloro che dirigono e ne assicurano il funzionamento (agents publics), ma a tutto coloro che ne usufruiscono e per questo motivo risultano collegati a quell'attività. La comunione o meglio la *manifestation de communion* che lega agenti e fruitori rappresenta il fulcro del funzionamento del servizio in quanto due entità inscindibili (il servizio pubblico ha senso solo in funzione dell'esistenza dei suoi utilizzatori). Gli uni e gli altri sono soggetti a quelle norme di disciplina e statutarie del servizio che divengono la legge del servizio pubblico che genera il fatto sociale che è il servizio stesso. Fatto sociale che è il prodotto della solidarité sociale fondamento di tutta la costruzione duguitiana.

In conclusione è lo stesso Duguit ad affermare che pur avendo punti di partenza differenti, le loro posizioni trovano il punto di incontro nel fatto che il servizio pubblico sia un'attività di interesse generale la cui messa in opera deve essere assicurata in maniera continuativa dai governanti conformemente ad una norma giuridica o meglio ad una legge che sia applicabile a tutti i partecipanti al processo di realizzazione e che leghi, inoltre, tutti i partecipanti in un rapporto oggettivo di diritto positivo.

Duguit infine ritorna sul tema della *puissance publique* e riafferma il suo disaccordo concettuale con Hauriou; tuttavia, egli ritiene sia soprattutto essenziale comprendere come il servizio pubblico sia un'attività disciplinata dalla legge che riveste un interesse generale alla realizzazione della quale agenti e fruitori collaborano. Che questa legge abbia origine dalla forza della sovranità o *puissance publique* ovvero, dall'essere conforme alle finalità che persegue poco importa, importa invece che si applichi a tutti gli interessati allo stesso modo secondo le regole del principio di eguaglianza.

La teorizzazione del servizio pubblico trova dunque accomunati i due Grandi Maestri del diritto pubblico nell'affermazione di quel preziosissimo principio che trova la sua legittimazione e la sua operatività nel patrimonio costituito dal prezioso lascito del 1789, una concezione prevalentemente universalistica del principio di eguaglianza che ha fatto sì che dalla Rivoluzione francese in poi, risultasse preponderante la necessità di costruire una comunità di *citoyens* tutti egualmente impegnati nella conservazione e salvaguardia del «patto repubblicano».

Finito di stampare
nel maggio 2015
Ink Print Service - Napoli