

# INTRODUZIONE

ANTONELLO CALORE

**ABSTRACT:** Dopo aver illustrato il progetto del Consorzio Universitario Italiano per l'Argentina - CUIA (2011-2012) «Principi generali del diritto. Un ponte giuridico tra Italia e Argentina», il saggio ripercorre i punti salienti della riflessione storico-teorica sui principi del diritto: dall'esperienza giuridica romana fino ai giorni nostri. Alla luce della crisi del modello dello Stato-nazione in una dimensione sovranazionale, sono individuati gli 'snodi' dell'attuale riflessione sul tema: 'neocostituzionalismo' e 'globalizzazione' giuridica.

**RESUMEN:** Después de haber ilustrado el proyecto del *Consorzio Universitario Italiano per l'Argentina - CUIA* (2011-2012) «Principi generali del diritto. Un ponte giuridico tra Italia e Argentina», el trabajo recorre los puntos más salientes de la reflexión histórico-teórica sobre los principios del derecho, desde la experiencia jurídica romana hasta nuestros días. A la luz de la crisis del modelo del Estado-nación en una dimensión supranacional, se individualizan los 'puntos cruciales' de la reflexión actual sobre el tema: 'neoconstitucionalismo' y 'globalización' jurídica.

**PAROLE CHIAVE:** Principi generali del diritto; diritto romano; neocostituzionalismo; globalizzazione giuridica.

**PALABRAS CLAVE:** Principios generales del derecho; el derecho romano; neoconstitucionalismo; globalización jurídica.

1. Pubblichiamo, nelle pagine della rivista *Roma e America. Diritto romano comune*, gli Atti del Convegno bresciano «Principi generali del diritto. Un ponte giuridico tra Italia e Argentina» (9-10 maggio 2013), che ha rappresentato il momento conclusivo del progetto omonimo (2011-2012) cofinanziato dal CUIA (Consorzio Universitario Italiano per l'Argentina)<sup>1</sup> e che ha coinvolto, oltre all'Università coordinatrice di Brescia, sei Università argentine (*UBA* di Buenos Aires, *Nacional de Córdoba*, *Católica de Córdoba*, *Nacional de La Plata*, *Nacional de La Patagonia S.J.B.*, *Nacional de Tucumán*) e sei Università italiane (Napoli 'Federico II', 'Sapienza' di Roma, Roma 'Tor Vergata', Bari, Camerino, Teramo).

Il progetto, che ha interessato diverse discipline scientifiche (dalla storia del diritto alla filosofia del diritto, dal diritto civile al diritto del lavoro, dal diritto pubblico al diritto internazionale e dell'Unione europea), è stato articolato in due scadenze: la prima in Argentina, con due incontri ufficiali presso l'*Universidad Nacional di Tucumán* (30 maggio 2012) e l'*UBA* di Buenos Aires (1 giugno 2012); la seconda in Italia a Brescia (9 e 10 maggio 2013).

<sup>1</sup> Per il convegno, che si è tenuto a Brescia, accanto alle risorse del CUIA, vanno segnalate anche quelle decisive dell'Ordine degli Avvocati bresciani e del Consiglio Notarile di Brescia, cui va il nostro pubblico ringraziamento.

Nei seminari argentini, il confronto tra i partecipanti ha permesso di individuare, sia a livello generale che particolare, le problematiche che poi sono state approfondite nel convegno italiano; il quale, forte di quella preparazione, si articolava in due parti: una introduttiva, finalizzata agli aspetti storico-giuridici, filosofico-giuridici, civilistici e pubblicistici dei principî; una speciale, centrata su alcuni di essi, quali certezza del diritto e del processo, equità, precauzione, solidarietà<sup>2</sup>.

Riflettere sui principî generali del diritto è compito difficile, per la molteplicità di significati e concezioni che, col tempo, la scienza giuridica ha loro attribuito<sup>3</sup>. Accanto alla già composita riflessione del passato, che si muoveva all'interno di ordinamenti giuridici 'chiusi', oggi registriamo l'emergere di un nuovo aspetto dell'intera problematica, sollecitato anche da quel fenomeno, conosciuto come 'globalizzazione giuridica'<sup>4</sup>. L'imporre di un diritto sovranazionale e regionale, quali le normative europee tendenti all'uniformazione degli ordinamenti statali, oppure la costruzione di valori giuridici comuni come i diritti fondamentali dell'uomo esaltati dalla Carta dell'Unione europea del 2000<sup>5</sup> (qualcosa di simile comincia ad essere riscontrabile anche nell'ambito della legislazione americana)<sup>6</sup>, introducono innovazioni epocali che ripropongono l'uso di regole generali da un'angolatura 'aperta'<sup>7</sup>, segnata da una sempre più marcata problematicità<sup>8</sup>. L'intreccio normativo tra le politiche sovranazio-

<sup>2</sup> I contributi sono stati pubblicati nella Rivista *Roma e America. Diritto romano comune*, divisi tra una parte 'generale' (nel numero 33/2013) e una 'speciale' (nel numero 35/2014).

<sup>3</sup> È sufficiente rinviare, per uno sguardo d'insieme, all'opera di G. ALPA, *I principî generali*, Milano, 2005<sup>2</sup> e prima ancora alla sintesi di N. BOBBIO, *Principii generali del diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, XIII, 1966, 887-896; per il dibattito all'interno della dottrina giuridica italiana del secolo scorso, al convegno dell'Accademia dei Lincei del 27-29 maggio 1991 sul tema *I principî generali del diritto* (i cui *Atti* furono pubblicati nel 1992); per una sintesi comparatistica nella scienza giuridica europea continentale sempre del secolo scorso, al VI Congresso dell'Accademia internazionale di diritto comparato tenuto in Amburgo nel 1962, dove uno dei temi oggetto di confronto fu *The Nature of General Principles of Law*.

<sup>4</sup> Cfr., per un primo approccio, i lavori di M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione (Diritto e diritti nella società transnazionale)*, Bologna, 2000; P.P. PORTINARO, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in P. COSTA - D. ZOLO (a cura di), *Lo stato del diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 387-405; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Bari-Roma, 2003; U. VINCENTI (a cura di), *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, Torino, 2005; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; S. CASSESE, *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Napoli, 2006; P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009.

<sup>5</sup> Il valore 'generale' dei diritti umani, presente nella Carta, è ribadito nel Trattato sull'Unione europea (TUE) di Lisbona del 2007, cfr. spec. art. 6 c. 3 (l'intera problematica è trattata da G. ALPA, *I principî cit.*, 63-85). Sull'impatto teorico-concettuale che i diritti fondamentali hanno sull'attuale paradigma del diritto, cfr. l'ampia ricerca di L. FERRAJOLI *Principia Iuris*, Roma-Bari, 2007.

<sup>6</sup> Vd., al riguardo, l'intervento della López Pulejo (destinato al vol. 35/2014 di *Roma e America*) che, seppure articolato su singoli 'casi', ben chiarisce il 'corto circuito' tra la *Convención Americana de Derechos Humanos*, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* e la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.

<sup>7</sup> Sulla distinzione, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, degli ordinamenti giuridici 'chiusi' e 'aperti' nell'ambito della tematica dei principî generali, cfr. già G. GORLA, *I principî generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari del Codice civile italiano del 1942*, in *Atti dei Convegni dei lincei*, Roma, 1992, 178 s.

<sup>8</sup> Coglie tale aspetto G. ALPA, *I principî cit.*, 352, quando, riguardo alla certezza del diritto attuale, ne sottolinea la complessità dei problemi «essendo ormai passati dalla seconda rivoluzione industriale alla rivoluzione tecnologica e alla globalizzazione dei mercati».

nali degli Stati; la perdita di territorialità del diritto nel settore degli scambi internazionali; il superamento delle rigide differenze tra diritto privato, pubblico, costituzionale, amministrativo, internazionale; un'accresciuta consapevolezza dell'opera creativa dei giudici, sono tutti fattori che contribuiscono a rendere complessa la materia, in particolare per quanto riguarda l'aspetto di 'natura', 'origine' e 'validità' dei principî, su cui già Bobbio, nel 1966, così riasumeva «i principî generali non costituiscono affatto una categoria semplice e unitaria; anzi con questa espressione si intendono spesso cose molte diverse, anche se non sempre ce ne rendiamo conto»<sup>9</sup>.

Per chiarire il fine del progetto è doveroso sottolineare che, pur nella diversità della formazione storico-domatica e della forma, tanto l'ordinamento giuridico italiano, con l'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale del 1942: «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» (la spaziatura è mia), quanto l'ordinamento argentino, con l'art. 16 del Código civil: «Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso» (la spaziatura è mia), fanno esplicito riferimento ai principî. L'intento, quindi, è di verificare, nel confronto tra i due ordinamenti giuridici, se il richiamo ai principî del diritto resti ancora attuale nelle due realtà nazionali per quanto riguarda la dialettica tra l'aspetto interpretativo e quello giudiziario<sup>10</sup>. Da qui il 'ponte' dall'Italia all'Argentina e viceversa, cui fa riferimento il titolo del progetto.

2. Non è semplice dare una definizione esaustiva dei principî generali del diritto. Possiamo, per comodità espositiva e per poterne ripercorrere la storia fin in un lontano passato, concepirli come enunciazioni con ampio contenuto che producono effetti nel mondo del diritto, inquadrabili, secondo le due più accreditate definizioni, o come formulazioni desunte dall'ordinamento vigente oppure come disposizioni di indirizzo metagiuridiche<sup>11</sup>. Alternative, queste, che trovano fondamento nella polisemia del termine. 'Principio' del diritto, come sottolineava Falzea, può essere riferito «alle regole che sorreggono razionalmente dall'interno il sistema giuridico e sono ricavate per l'induzione dall'insieme delle norme ordinarie; alle regole poste deliberatamente dal legislatore al vertice dell'ordinamento con il compito di indirizzare l'interpretazione, l'applicazione e lo sviluppo del diritto positivo; alle regole derivanti da fonti meta-nazionali e rientranti per vie diverse nell'ordinamento giuridico con una posizione ed un rango primario rispetto a tutte le altre regole del diritto positivo»<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> N. BOBBIO, s.v. *Principî* cit., 109.

<sup>10</sup> Ne è un esempio l'analisi dell'art. 2 del progetto del Codice civile e del commercio argentino condotta da David Fabio Esborraz in questo volume (vd. *infra*, 335 ss.), dove si tiene presente l'art. 12 delle nostre Disposizioni sulla legge in generale.

<sup>11</sup> È G. ALPA, *I principî* cit., 9-10, che, considerando le analisi di R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino 1990, restringe il campo a tali due diverse concezioni di principio.

<sup>12</sup> A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Atti dei Convegni dei lincei* cit., 13.

Si individua, così, l'origine della storica contrapposizione tra i due diversi atteggiamenti interpretativi: quello «precettivo», per cui il principio, derivando dalle norme dell'ordinamento, si identificherebbe con la struttura normativa; e quello «programmatico», per cui il principio, in quanto realtà metagiuridica preesistente alle norme, costituirebbe lo sfondo sul quale esse si articolerebbero<sup>13</sup>. Basandosi su tale doppia distinzione teorica, la dottrina ha indicato una diversità tra principî dogmatici o assiologici che «non hanno bisogno di alcuna giustificazione di ordine sostanziale» e principî problematici o dialettici «che non hanno né la struttura, né l'efficacia delle norme giuridiche», ma, ponendosi come linee-guida, diventano vettori per un adattamento dell'ordinamento giuridico all'evoluzione dei rapporti sociali<sup>14</sup>.

La tesi che oggi sembra comunemente condivisa è che i principî, a prescindere dalla collocazione esterna o interna all'ordinamento, rappresentino una componente essenziale del pensiero e della struttura del diritto, tant'è che nel linguaggio giuridico europeo, come vedremo più avanti, si oscilla nell'attribuire loro una funzione di fondamento e/o direzione della legislazione. È che il fenomeno della globalizzazione, cui si accennava all'inizio<sup>15</sup>, mette in crisi il modello sistematico del diritto proprio dello Stato-nazione, producendo una pluralità di situazioni, la cui soluzione giuridica va cercata oltre la cultura monistica dei codici<sup>16</sup>. Tanto più che le nostre società, segnate dalla vicenda emergente delle migrazioni, pongono controversie le più disparate che si rifanno a valori culturali differenti. Il giudice, soggetto preposto a individuarne le soluzioni, deve regolare i molti casi 'eccezionali'<sup>17</sup>, cioè non direttamente riconducibili alle fattispecie astratte, attraverso procedure argomentative legittimate dalle disposizioni 'ispiratorie' contenute nei principî<sup>18</sup>.

3. Tale «assunzione dell'accidente»<sup>19</sup>, nelle soluzioni processuali, richiama alla memoria il modo di procedere dei giuristi romani. Anche se – come ha ben avvertito a suo tempo Giovanni Pugliese – nell'antica esperienza giuridica romana non è possibile riscontrare «qualcosa di simile a ciò che chiamiamo principî»<sup>20</sup>. L'andamento casistico-problematico

<sup>13</sup> Per la scienza giuridica italiana della prima metà del secolo scorso, cfr. A. SCIUMÈ, *L'origine del diritto dei principî*, in *Diritto romano attuale*, 10, 2003, 32 s.

<sup>14</sup> Cfr. L. MENGONI, *I principî generali del diritto e la scienza giuridica*, in AA.VV., *Atti dei Convegni dei lincei cit.*, 319-322.

<sup>15</sup> Vd. *supra* nt. 4.

<sup>16</sup> Per un efficace schizzo dell'attuale crisi del primato della legge, cfr. P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, 2008, sp. 48-56.

<sup>17</sup> Dove il senso dell'eccezionalità è qui riferito ai casi 'nuovi', non contemplati dalle disposizioni scritte. Una situazione siffatta può essere determinata anche dall'obsolescenza della norma, quando cioè, modificate le posizioni originarie della stessa, la fattispecie non è più in grado di prevedere la realtà, divenendo inadatta. L'incertezza, che viene a prodursi, sollecita ancora l'intervento di chi è preposto alla soluzione delle controversie. Su tali dinamiche tra la generalità della legge e il particolare della sua applicazione, cfr. F. SCHAUER, *Di ogni erba un fascio* (2003), tr. it. di A.M. TARUFFO, Bologna, 2008.

<sup>18</sup> Un esempio di tale operare concreto in relazione ai principî costituzionali si trova nella comunicazione di Roberto Bin, riportata in questo volume (vd. *infra*, 215 ss.).

<sup>19</sup> L'espressione è tratta dalla riflessione di Giovanni Marino (vd. *infra* in questo volume 209 ss.) a proposito della tesi di Nancy sul rapporto tra 'legge' e 'fatto'.

<sup>20</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *I principî generali del diritto. L'esperienza romana fino a Diocleziano*, in *Atti dei Convegni dei lincei cit.*, 69-87.

della giurisprudenza romana portava ad enunciare «per induzione teorica» una regola generale<sup>21</sup>, la quale non aveva un autonomo carattere prescrittivo<sup>22</sup>, come conferma l'avvertenza del giurista Paolo: «La regola è ciò che descrive brevemente una situazione. Non si ricavi il diritto dalla regola, bensì si costruisca la regola dal diritto»<sup>23</sup>. È però vero che l'intensificazione della raccolta di *regulae*, verificatasi negli ultimi due secoli del principato (II-III secolo d.C.), ne determinò una formulazione astratta, cui tendere nella prassi giuridica. Emersero così quei *iuris praecepta*, famosi quelli di Ulpiano<sup>24</sup>, che alla lunga divennero criteri guida nella direzione dell'impero. La scienza giuridica medievale, operando con metodo astratto-sistematico, trasse da questo lascito romano, una rete di massime generali<sup>25</sup>, che contribuiscono, sia sul piano teorico che pratico, a dare fondamento a una nuova concezione del diritto, come «disciplina razionale»<sup>26</sup>.

La via per i moderni principî era tracciata.

Ulteriore tappa caratterizzante, all'interno di questo percorso, fu l'organizzazione del sapere giuridico secondo gli schemi ordinanti del giusnaturalismo e del razionalismo sette-ottocentesco, che produsse l'emersione di caposalda assiomatici come l'analogia, il principio di autorità, il proporzionalismo delle pene e i diritti intoccabili della persona<sup>27</sup>.

Tali categorie del diritto di natura e di ragione furono rivisitate e applicate alla luce del nuovo soggetto pubblico emergente: lo Stato-nazione. Il quale, affacciandosi sullo scenario politico-istituzionale dell'Occidente dopo la dissoluzione della società medievale, si propose come autore e garante dell'insieme ordinato di norme per mezzo del codice: fonte privilegiata del diritto<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> Sul diverso significato che il termine 'regola' ha nel linguaggio giuridico moderno, rispetto a quello romano, vd. ora M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011<sup>2</sup>, 5-9, da cui è tratta la citazione.

<sup>22</sup> Sulla contrapposizione tra il metodo 'concettualistico-deduttivo' e quello 'analitico-topico', proprio dei giuristi romani, vd. gli spunti in M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2006<sup>11</sup>, 303 ss.

<sup>23</sup> Paolo 16 *Ad Plaut.*, in D. 50,17,1: *Regula est, quae rem quae est brevis enarrat: non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* ... Sul testo, il cui contenuto è quasi sicuramente risalente al giurista del I secolo d.C., Sabino, vd. A. SCHIAVONE, *Ius*, Torino, 2005, 299 e nt. 31.

<sup>24</sup> Ulpiano 1 *Inst.*, in D. 1,1,10,1: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (sull'intera tematica e, in particolare, sul «*suum cuique tribuere*» vd. ora, in questo stesso volume, il saggio di Amalia Sicari (*infra*, 11 ss.), con citazione e discussione anche della dottrina più recente.

<sup>25</sup> Un chiaro esempio è la *Summa de regulis iuris*, attribuita al giurista Azzone, ma che potrebbe anche essere del suo maestro Bassiano (vd. P. STEIN, *Principi generali nel pensiero dei glossatori e commentatori medievali*, in *Atti dei Convegni dei lincei* cit., 127-134).

<sup>26</sup> P. STEIN, *Il diritto romano nella storia europea* (1996), trad. it. L. GAGLIARDI, Milano, 2001, 119. È il c.d. fenomeno del 'diritto comune europeo', su cui vd. R. ORESTANO, *Il diritto romano nella scienza del diritto*, in *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 70.

<sup>27</sup> Per una sintesi, P. MORTATI, *I principi generali del diritto dal giusnaturalismo dei secoli XVII e XVIII alle prime codificazioni*, in *Atti dei Convegni dei lincei* cit., 135-159. Uno sguardo aggiornato è nelle prime pagine del contributo di Antonio Jannarelli, pubblicato in questo volume (*infra*, 113 ss.).

<sup>28</sup> Sulla funzione dello Stato moderno, a partire dalla pace di Westfalia (1648), la bibliografia è sterminata; mi limito a rinviare (oltre alla bibliografia indicata alla nt. 4) a recenti trattazioni, da cui è possibile iniziare un percorso anche bibliografico: J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2002<sup>2</sup>, 119-140; M. CERUTI - T. TREU, *Organizzare l'altruismo*, Roma-Bari, 2010, 3-34. Sul punto, scriveva nel 1992 R. SACCO, *I principi generali nei sistemi giuridici europei*, in *Atti dei Convegni dei lincei* cit., 165: «Quello che era il diritto della ragione, edificato dalla mente dei sapienti, diventa il diritto del sigillo

I principî – teorizzava il francese Hauriou – erano posti quali «lois fondamentales» dello Stato<sup>29</sup>. Essi, sottratti ai rigidi schemi del positivismo giuridico, divennero così espressione della sovranità statale.

Sebbene il *Code Napoléon* (1804) e il BGB (1900), cronologicamente agli antipodi del processo di codificazione, fossero sprovvisti di una esplicita disposizione riguardo ai principî, ciò non impedì che a questi ultimi si facesse ricorso nella tecnica interpretativa francese e tedesca. In Italia, invece, la situazione era più trasparente, essendo i principî esplicitamente richiamati già nel Codice civile del 1865<sup>30</sup> e, poi ancora, nelle Disposizioni sulla legge in generale, che precedono l'attuale testo del Codice civile del 1942<sup>31</sup>, dove la sostituzione del termine «diritto» con l'espressione «ordinamento giuridico dello Stato», è un indizio dello «statalismo autoritario» funzionale al fascismo<sup>32</sup>. Resta però, allora come ora, che l'ambito delineato dal riferimento normativo ai principî sia quello dell'interpretazione<sup>33</sup>. Nei «casi dubbi», chi decide delle controversie può trovare la soluzione rifacendosi ai principî generali. I destinatari dell'articolo sono i giudici, i quali, con logica e buon senso, se ne servono per utilità pratica. I principî, quindi, – come scrive Alpa – «servono a rafforzare il dispositivo della sentenza e ad assegnare maggior coerenza interna alla motivazione»<sup>34</sup>. Se questa è la funzione ultima dei principî, molto si discute sul modo, pervenendo all'individuazione di

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».

<sup>29</sup> Per questa interpretazione dell'autore de *Précis de droit constitutionnel* del 1923, rinvio ad A. SCIUMÈ, *L'origine* cit., 24 s.

<sup>30</sup> Dove all'art. 3 leggiamo: «... Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principî generali di diritto» (spaziature mie).

<sup>31</sup> Art. 12: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» (spaziature mie).

<sup>32</sup> Su questo aspetto della «cultura del fascismo», in cui il privato era pensato come subordinato al potere dello Stato in funzione 'aconflittuale', cfr., anche se come approfondimento del pensiero bettiano, M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, sp. 101-117 e 156-159. La letteratura sul passaggio dall'art. 3 del codice del 1865 all'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale e sull'influsso esercitato dall'indirizzo politico del Guardasigilli è abbondante; per un primo approccio cfr. G. ALPA, *I principî* cit., 261-296; A. SCIUMÈ, *I principî generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2002. Per G. GORLA, *I principî* cit., 178 s., l'idea contenuta nell'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale «era quindi un concetto *positivistico* dei principî generali del diritto, un concetto proprio di ordinamenti giuridici statuali 'chiusi', a differenza di quelli 'aperti'». P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in *Atti dei Convegni dei lincei* cit., 333, coglie nella modifica della formulazione, anche alla stregua della lettura dei lavori preparatori, il tentativo, da parte della scienza giuridica del tempo, di esorcizzare «il pericolo e l'insidia del diritto naturale». Critica, opportunamente, la «visione anchilosante dell'interprete e dell'interpretazione» presente nell'art. 12 P. GROSSI, *Un impegno* cit., 52.

<sup>33</sup> Sul punto, riguardo alla situazione giuridica italiana nelle fasi del passaggio dallo Statuto costituzionale albertino al Codice civile unitario e poi da questo alle Disposizioni preliminari del Novecento, vd. le pagine di Alberto Sciumè presenti in questo volume (vd. *infra*. 183 ss.). Il termine 'interpretazione' è qui inteso nel suo senso più ampio di produzione del diritto e applicazione della legge (per una sintesi U. VINCENTI, *Metodologia giuridica*, Padova, 2008, VII-111).

<sup>34</sup> G. ALPA, *I principî* cit., 563.

una «funzione normativa-interpretativa-integrativa», finalizzata a colmare le lacune dell'ordinamento; una «funzione costitutiva», quando alcuni principî sono «coessenziali» all'ordinamento; una «funzione economica», se i principî sono finalizzati a favorire gli scambi economici nei rapporti tra privati; una «funzione garantista», propria dei principî inerenti all'aspetto processuale del diritto; una «funzione euristica», che indirizzerebbe l'interprete verso un modello ottimale di società; una «funzione connettiva», secondo cui i principî creano convergenza tra gli ordinamenti<sup>35</sup>. Possiamo, in sostanza, concludere che i principî sono parte essenziale del mondo del diritto, sia come fonte del diritto e, quindi, strumento dell'interpretazione, sia come fondamento dell'ordinamento, sì che ha ragione Alpa quando scrive che «l'individuazione delle funzioni a cui assolvono i principî generali nell'ordinamento è arbitraria, così come è arbitraria la catalogazione dei principî, la loro creazione, ovvero la loro identificazione nelle norme positive»<sup>36</sup>.

4. A partire dalla seconda metà del XX secolo e non soltanto in Italia<sup>37</sup>, il processo di 'costituzionalizzazione' degli ordinamenti si è fatto portatore di una destabilizzante «positivizzazione di valori nel diritto ad opera delle carte costituzionali»<sup>38</sup>, che ha avuto ripercussioni innovative sull'utilizzazione dei principî<sup>39</sup>.

Accanto a tale rilevante cambiamento, anche il fenomeno – già richiamato – della 'globalizzazione' nel campo giuridico, intersecando gli ordinamenti nazionali e sovranazionali, ha contribuito alla perdita della capacità ordinante della dommatica giuridica otto-novecentesca<sup>40</sup>, favorendo il ricorso ai principî, intesi come portatori di «valori umani»<sup>41</sup>.

'Neocostituzionalismo'<sup>42</sup> e internazionalizzazione della produzione giuridica (Comunità europea, Unione europea, ONU) hanno intensificato il ricorso ai principî all'interno

<sup>35</sup> Per un approfondimento di tutte queste funzioni, rimando all'opera di G. ALPA, *I principî* cit., 17-21, da cui ho riassunto l'elenco riportato nel testo.

<sup>36</sup> G. ALPA, *I principî* cit., 562.

<sup>37</sup> Il fenomeno è riscontrabile anche in altri Paesi: sempre intorno agli anni Sessanta del secolo scorso in Germania; in Spagna con l'introduzione della nuova Costituzione del 1978. Riguardo all'esperienza italiana, scrive L. MENGONI, *I principî* cit., 318: «Il diritto positivo non si legittima per il solo fatto di essere posto da determinati organi competenti e con certe procedure; i suoi contenuti devono essere conformi a una tavola di valori riconosciuti dalla Costituzione», con l'importante precisazione che «non tutte le disposizioni di principio contenute nella Costituzione sono riducibili alla categoria dell'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile» (p. 324).

<sup>38</sup> Coglie tale aspetto nel passaggio dallo Stato legislativo otto-novecentesco allo Stato costituzionale di diritto attuale S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXVIII, 2, 2008, 410, all'interno del 'solco' tracciato da Riccardo Guastini [vd. R. GUASTINI, *La costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Ragion pratica*, 11, 1998, 185-206] e con opportuno richiamo all'analisi sul rapporto tra diritto e morale di Ronald Dworkin [R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1976), trad. it. di F. ORIANA, Bologna, 1982].

<sup>39</sup> Vd. il contributo di Antonio Jannarelli pubblicato in questo volume (*infra*, 113 ss.).

<sup>40</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 420 ss.

<sup>41</sup> Scrive A. FALZEA, *Relazione* cit., 26: «È soprattutto nei principî fondamentali che ogni società ripone la maggiore garanzia ideale e formale dei valori umani».

<sup>42</sup> Il termine è qui usato per indicare processi recenti di trasformazione nel mondo del diritto. Sulla pluralità di usi dell'espressione, in particolare sul versante della teoria del diritto, cfr. per tutti M. BARBERIS, *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, I, 1, 2012, 153-164.

dei singoli ordinamenti statali, intrecciando questi ultimi con la rete giuridica sovranazionale. Tale osmosi, tra principi nazionali e principi propri dell'ordinamento internazionale, ha indotto una maggiore flessibilità nell'interpretazione dei casi controversi, travolgendo la rigida separatezza tra diritto pubblico e diritto privato. Già dal 1945, lo Statuto della Corte internazionale di giustizia faceva esplicito riferimento ai principi, richiamando quelli operanti negli ordinamenti statali<sup>43</sup>. L'utilizzazione da parte della Corte di giustizia europea e di molte corti costituzionali di tali principi ha rappresentato «l'introduzione di elementi di forte novità»<sup>44</sup> negli autoreferenziali sistemi degli Stati, contribuendo a mettere in discussione il 'tabu' della sovranità nazionale<sup>45</sup>.

La novità è stata ripresa e riempita di contenuti nell'ordinamento della Comunità dell'Unione europea con il Trattato di Lisbona (TUE) del 2007 (entrato in vigore nel 2009), dove i diritti fondamentali assurgono a principi. Infatti, nell'art. 6, comma 3 è scritto: «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 *p r i n c i p i g e n e r a l i*» (la spaziatura è mia)<sup>46</sup>. Se ne ha una traduzione in regola giuridica grazie all'art. 340, comma 2 e 3, sempre dello stesso Trattato, in materia di responsabilità extracontrattuale<sup>47</sup>.

Il richiamo ai principi a livello internazionale, così come abbiamo visto anche a livello nazionale, favorisce la flessibilità dell'interprete che meglio riesce a cogliere la recente e massiccia trasformazione multi-etnica delle nostre società. I principi diventano così risorsa essenziale che permette, da una parte, di aggirare la rigidità del sistema interpretativo del positivismo giuridico, e, dall'altra, di superare le asfittiche territorialità giuridiche degli Stati<sup>48</sup>. I principi, quindi, «appaiono come un fattore ineliminabile nell'arte e nel processo della normazione e dell'interpretazione, o, che è la stessa cosa, sono strumenti indispensabili all'evoluzione del diritto»<sup>49</sup>.

<sup>43</sup> Così recita l'art. 38 n. 1 lett. c: «La Corte, la cui funzione è di decidere in base al diritto internazionale le controversie che le sono sottoposte, applica: le convenzioni internazionali sia generali che particolari, che stabiliscono norme espressamente riconosciute dagli Stati in lite; la consuetudine internazionale, come prova di una pratica generale accettata come diritto; *p r i n c i p i g e n e r a l i d i d i r i t t o* riconosciuti dalle nazioni civili ...» (la spaziatura è mia). Sulla natura di fonte sussidiaria di detti principi e sul loro attuale utilizzo da parte delle corti internazionali si rinvia alla comunicazione di Patrizia De Cesari (destinata al vol. 35/2014 di questa rivista).

<sup>44</sup> G. GAJA, s.v. *Principi generali del diritto (dir. internaz.)*, in *Enc. del dir.*, XXXV, 1986, 536.

<sup>45</sup> Con lungimiranza P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva* cit., 341.

<sup>46</sup> Per i principi nel diritto dell'Unione europea vd. G. ALPA, *I principi* cit., 209-245.

<sup>47</sup> Art. 340, comma 2: «... l'Unione deve risarcire, conformemente ai *p r i n c i p i g e n e r a l i* comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni»; comma 3 «La Banca centrale europea deve risarcire, conformemente ai *p r i n c i p i g e n e r a l i* comuni al diritto degli Stati membri, i danni cagionati da essa stessa o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni» (spaziature mie).

<sup>48</sup> Sulla crescente importanza dei principi «metanazionali» già A. FALZEA, *Relazione* cit., 27, ne indicava le cause nella «profonda trasformazione di tipo odierno di società, dai modi di una organizzazione politica e culturale rigidamente chiusa e tendenzialmente autarchica, a quelli di una organizzazione politica e culturale progressivamente aperta ed essenzialmente razionale».

<sup>49</sup> G. ALPA, *I principi* cit., 564.