

TRATTATO DI DIRITTO PRIVATO
a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti

GUIDO ALPA

**I PRINCIPI
GENERALI**

TERZA EDIZIONE

Sezione non inclusa

CAPITOLO I

INTRODUZIONE

Une maxime en ley. A maxime is a proposition to be of all men confessed and granted without proof, argument or discourse. Contra negantem principia non est disputandum.

(E. COKE, *First Part of the Institutes of Laws of England*, Londra, 1628).

1. Una formula ambigua. — 2. La configurazione teorica dei “principi generali”. — 3. La classificazione dei principi. — 4. Varietà dei principi. — 5. Funzioni dei principi. — 6. Le raccolte dei principi.

1. *Una formula ambigua.*

Nello stile del giurista, così come nella cultura del giurista, il principio generale, il principio di diritto, il principio *tout court* sembra sussidio ineliminabile di espressione linguistica e di tecnica argomentativa (o retorica): d'altra parte, non era proprio Gaio (l. 1, ff *de origine juris*), uno dei maestri del diritto romano del II sec. d.C., a sostenere che il principio è la parte fondamentale di ogni cosa (*cuiusque rei potissima pars principium est*)?

Giustiniano o, meglio, i compilatori del *Corpus juris* dedicarono quasi un intero libro alla raccolta delle definizioni dei termini usate nel linguaggio giuridico e delle regole o massime che i giuristi più importanti avevano enunciato (*Digesto*, Libro L, titt. XVI e XVII).

Il *Corpus juris*

Questa operazione sistematica si è tramandata per secoli ed è giunta sino a noi. Nel « *Manuale juris* » di Gotofredo, alla

fine del Cinquecento, troviamo un florilegio delle « *sententiae juris* » più rilevanti. Erano le stesse massime raccolte nel Digesto di Giustiniano che i dottori, i magistrati, gli avvocati del suo tempo utilizzavano per risolvere le questioni di diritto a loro sottoposte. E anche Pothier, alla metà del Settecento, sistema e commenta le Pandette, e parla dei « certissimi principi del diritto » come di *cose o parole* « da cui sorgono le regole generali o particolari a ciascuna materia ».

La tradizione

Non si tratta, si badi bene, di documenti del passato, oggi pallide vestigia del modo di lavorare del giurista. Il manuale di Gotofredo è ripubblicato a Parigi ancora nel 1806; le Pandette di Giustiniano, riformulate in ordine razionale da Pothier, appaiono in italiano a Venezia ancora nel 1841; le enunciazioni dei broccardi sono pubblicate ancora all'inizio del Novecento, e circolano in edizione ridotta persino ai giorni nostri.

Questo per quanto riguarda i principi tramandati dalla tradizione. Ma, come si è detto, di principi nuovi pullulano le sentenze, i testi normativi, gli scritti dei giuristi. Come si avrà modo di rilevare, la Corte di Cassazione, nelle sue massime, ha citato un “principio generale” in più di duemilacinquecento sentenze, e i “principi generali” in più di millecinquecento sentenze, nell’arco degli ultimi quarant’anni.

Moduli
espressivi

Nei contributi dottrinali, nelle motivazioni delle sentenze, talvolta nelle leggi speciali si riscontra un ricorso diffuso ai principi generali. Un esempio tra i tanti: il nuovo testo del codice dei contratti pubblici (c.d. “codice degli appalti”) predisposto dal Consiglio di Stato sulla base della legge di delega del 21 giugno 2022, n. 78 prevede in apertura disposizioni contenenti il rinvio a dieci principi generali e una norma di rinvio “esterno”. I principi sono espressi con broccardi (ad es.: *fraus omnia corrumpit, mala fides superveniens non nocet, in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis, accessorium sequitur principale, servitus in faciendo consistere nequit*). Oppure con locuzioni generiche quali: il principio della libertà contrattuale, il principio del contraddittorio, il principio di buona fede; oppure con enunciazioni normative che appaiono

formulazioni di carattere generale: ad es. « La libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità è assicurata » (art. 39 ex 48 del Trattato CE). Oppure con manifestazioni di intenti che esprimono valori politici, culturali, economici e sociali: « La Comunità contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune » (art. 151 ex 128 del Trattato EC).

Spesso i principi sono semplicemente richiamati quale categoria logica (es., *nemo in aliud transferre potest quam ipse non habet*) o strumento tecnico operativo, oltre che come enunciato avente valore normativo: ad es., l'art. 1 c. 4 della legge antitrust, 10 novembre 1990, n. 287, dispone che l'interpretazione delle norme contenute nel titolo dedicato alle intese, all'abuso di posizione dominante e alle operazioni di concentrazione « è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle comunità europee in materia di disciplina della concorrenza ».

Insomma, i principi generali, ora espressi con broccardi, ora con terminologia moderna, ora formulati *ex novo* dal legislatore o creati dall'interprete attraverso un procedimento induttivo (spesso immaginifico) dalle leggi speciali o dai codici, o sulla base della applicazione delle regole consegnate dalla tradizione, o ancora sulla base della cultura sapienziale del diritto, appaiono una componente essenziale del pensiero, dell'arte, della struttura del diritto. In particolare, del diritto privato, che è terreno di elezione dei principi generali.

Si può studiare il campionario dei principi nella sua dimensione statica (quali sono i principi oggi accreditati nel diritto vigente?), sia nella dimensione dinamica (come e quando nascono i principi del diritto vigente?), sia nella dimensione filologica (come erano intesi nell'Ottocento e come sono intesi oggi i principi tradizionali del diritto vigente?).

Di qui il duplice scopo dell'indagine proposta: descrivere i principi generali come strumento tecnico di configurazione giuridica delle fattispecie (fonte normativa o tecnica di interpretazione) e descrivere i principi generali come elementi di base di uno o più settori del diritto (fondamento o formula

Essenzialità dei
principi

strumentale). Nella prima prospettiva si può parlare dei principi generali *nel* diritto vigente; nella seconda, dei principi generali *del* diritto vigente.

Minor credito ha la distinzione tra principi *di* diritto e principi *del* diritto, quasi che la prima locuzione alludesse alla distinzione tra diritto e legge e implicasse una maggior libertà dell'interprete nella ricerca dei principi, e la seconda locuzione, al contrario, ancorasse tale ricerca all'ordinamento positivo, vigente *hic et nunc*. Nel prosieguo, pertanto, queste due ultime locuzioni saranno usate indifferentemente.

2. *La configurazione teorica dei « principi generali ».*

Associati al predicato giuridico, i « principi generali *del* diritto » sono il fertile terreno degli studiosi di teoria generale, con tutte le varianti determinate dai diversi indirizzi interpretativi in cui essa si presenta frammentata. Tuttavia, attesa la funzione svolta dai principi generali, i vari orientamenti interpretativi finiscono talvolta per assumere posizioni uniformi, anche se promanano da presupposti diversi tra loro.

Ma è evidente — né potrebbe essere diversamente — l'influsso esercitato su ciascun autore dall'ambiente culturale e di diritto positivo in cui egli vive o comunque si è formato. Chi si è formato in un ambiente in cui i principi non sono disciplinati da regole di natura generale, non sono menzionati esplicitamente in leggi scritte, ma emergono dalla *case law*, tende ad associarli alla tematica della discrezionalità del giudice, del valore del precedente, delle regole del ragionamento giuridico. Chi proviene da un ambiente in cui i principi sono previsti dal legislatore in un codice (usualmente il codice civile) o in una legge di ordine generale, tende a collocare i principi tra le regole giuridiche e quindi tra le fonti del diritto. *Ma non è detto che l'ambiente sia sempre cogente*

Termine estratto capitolo

CAPITOLO II

I PRINCIPI NELLA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

“(...) the pretence that deductive reasoning can discover the legislator’s answer to the question before the court is mere fiction. It proceeds from certain assumptions which are patently false”.

(J. STONE, *Legal System and Lawyers’ Reasonings*, Stanford, 1968, p. 217).

1. Il quadro attuale. La teoria ermeneutica. — 2. Il « diritto privato naturale » e la teoria giusnaturalistica. — 3. La teoria positivistica. — 4. La teoria storicistica. — 5. La teoria giusrealistica. — 6. La teoria assiologica. — 6.1. I “valori comuni dell’Occidente”. — 6.2. I valori dell’Occidente e il diritto “europeo”. — 6.3. La tavola comune dei valori degli ordinamenti occidentali. — 7. Principi occulti e *policies*. — 8. Le clausole generali, gli *standard*, le formule aperte. — 8.1. Le tecniche di redazione dei testi normativi. — 8.2. Le clausole generali. — 8.3. Esempi di clausole generali. L’ordine pubblico. — 8.4. *Segue*: Il buon costume. — 8.5. *Segue*: La buona fede (oggettiva) e la correttezza. — 8.6. Esempi di *standard*. La diligenza e la ragionevolezza. — 8.7. Esempi di formule aperte. Natura, circostanze. — 8.8. Natura. — 8.9. Circostanze. — 8.10. La coscienza sociale. — 8.11. L’equità. — 9. La dogmatica dei principi.

1. *Il quadro attuale. La teoria ermeneutica.*

Le diverse funzioni dei principi legittimano l’interprete a considerarle tutte operanti attraverso formule combinatorie, di volta in volta applicate in modo consapevole o spesso anche in modo non consapevole, per via tralozia e talvolta irriflessa. Questa coesistenza di significati e di ruoli esclude che le diverse tesi via via affacciatesi nell’itinerario accidentato dei

principi possano considerarsi definitive o esaustive. In altri termini, i principi con funzione normativa costituiscono mezzi di autointegrazione del sistema giuridico, là dove l'interprete ritenga che sussistano lacune da colmare, o là dove — se le lacune fossero considerate finzioni [KELSEN, 1979] —, la regola da applicare si possa ricostruire sulla base di un processo induttivo derivato da altre regole simili; essi costituiscono anche mezzi di orientamento interpretativo; ma in quanto incorporanti valori politici, sociali, morali, economici, essi costituiscono anche strumenti di eterointegrazione dell'ordinamento, attraverso la mediazione dell'interprete.

Betti

Sul piano ermeneutico la elaborazione di Emilio Betti occupa ancor oggi una posizione di riguardo. Il punto di partenza di Betti è la manchevolezza della disciplina legislativa: le questioni dei principi generali debbono essere esaminate insieme con le questioni delle *lacune* dell'ordinamento. L'avvio è quindi apparentemente positivista, nel senso che ai principi si può arrivare solo dopo l'applicazione della legge, solo dopo che tale applicazione non avrà dato luogo ad incertezze ed oscurità, sempre che la fattispecie da decidere non sia sussumibile nella regola particolare, neppure adottando la tecnica dell'interpretazione estensiva o dell'interpretazione analogica [BETTI, 1949].

Al contrario però dei positivisti ortodossi, Betti nega l'esistenza della norma complementare di chiusura, che presuppone l'esistenza di un mito, la completezza dell'ordinamento, quasi che tutto ciò che non fosse direttamente e dettagliatamente regolato fosse irrilevante per il diritto. Così facendo, questa tesi ignora l'esistenza delle lacune.

A questo punto entrano in gioco i principi generali: quando l'interprete si avvede che la fattispecie è contigua a quelle normate, deve accertare « se il caso dubbio non cada sotto alcuno di tali principi » [BETTI, 1949, 204].

Da dove si traggono tali principi? Betti considera le disposizioni previste nei codici formule ridondanti e superflue, perché i principi non possono essere che « immanenti e latenti » nel sistema [BETTI, 1949, 204].

E qui si arriva al nocciolo del problema: il ricorso ai principi generali, consentito dopo l'applicazione infruttuosa dell'interpretazione analogica, è tecnica di *auto-integrazione* (acquisizione delle risorse interpretative solo all'interno del sistema) o di *eterointegrazione* (acquisizione delle risorse dall'esterno)? La risposta sta nella concezione che si ha di principio generale: Betti è un fautore dell'eterointegrazione. Certo, egli non si nasconde che nei codici (in particolare, nel codice civile italiano) il ricorso all'equità da parte del giudice è consentito solo in casi eccezionali e tassativi [BETTI, 1949, 205]. Ma non applica la tesi di Scialoja che vorrebbe ridurre i principi a generalizzazione delle norme vigenti. E critica la tesi di Crisafulli — che ritiene troppo riduttiva — perché i principi non equivalgono alle norme; « le norme singole non rispecchiano se non in parte i principi generali ai quali si informano e si riconnettono » [BETTI, 1949, 207].

Tra principio e norma particolare c'è contraddizione: il precetto giuridico impone di essere formulato in termini normativi, mentre i principi per loro natura non sopportano tale precisa formulazione precettiva [BETTI, 1949, 208].

I principi assolvono quindi il ruolo di criteri *direttivi* per l'interpretazione e di criteri *programmatici* per il progresso della legislazione.

Betti teorizza che i principi, in quanto criteri di valutazione inerenti all'ordine giuridico, sono caratterizzati da una eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico) in confronto alle singole norme. L'operazione di desumerli dalle norme positive per generalizzazione ed astrazione non è che illusoria e riduttiva. Dal punto di vista degli ideali perseguiti dalla collettività, Betti non coglie nell'esigenza giuspositivistica di certezza la reazione contro gli abusi interpretativi e la maggior facilità del controllo dell'operato dell'interprete; vi vede al tempo stesso l'espressione di una istanza crociana di liberismo insieme con il frutto di un rivolgimento (in senso storico, l'effetto della disfatta [BETTI, 1949, 209]) che non è maturato con una autentica rivoluzione. Egli quindi

Principi e
norme

ritiene che i principi generali possano essere veicolo del diritto naturale [BETTI, 1949, 211], il quale non è un'ipotesi metafisica o la rappresentazione di valori soggettivi.

In conclusione, i principi generali del diritto sono « somma di valutazioni normative, principi e criteri di valutazione contenenti il fondamento dell'ordine giuridico e aventi una funzione genetica rispetto alle singole norme ». Essi riassumono anche le esigenze di politica legislativa [BETTI, 1949, 212].

Ma chi è competente ad identificare i principi generali?

Non si può fare ricorso alla « natura delle cose » senza rendersi conto che questa formula sia storicamente determinata, si orienti diversamente a seconda delle vedute degli uomini e sia condizionata dall'ambiente sociale.

Su questa conclusione non si può che concordare: ed allora sorge il dubbio che Betti non abbia voluto intravedere la contraddizione tra la sua concezione di natura delle cose e la sua concezione di diritto naturale (astratto dalla storia) per puro amore di polemica, contro Croce [1920] e contro il nuovo ordine repubblicano, fondato su quella che egli definisce « costituzione » (usando il minuscolo e le virgolette dispregiative); e anche contro un positivismo troppo meccanico e riduttivo. La premessa della risposta è la seguente: i principi non sono norme, ma principi di norme; sono attenti al fondo comune di diritto od *ethos*; sono direttive storicamente condizionate; sono determinati dalle valutazioni normative che stanno alla base della nomogenesi degli istituti e delle norme giuridiche; non si esauriscono nelle norme ma abbracciano anche il *ius condendum*.

La risposta è rintracciata da Betti nella Scuola storica: la spiritualità del popolo e la coscienza sociale sono l'*humus* dei principi; non il legislatore ma la giurisprudenza sia teorica (scienza del diritto), sia pratica, è l'organo competente a individuare i principi [BETTI, 1949, 218].

La giurisprudenza è quindi, secondo la coscienza so-

Termine estratto capitolo

CAPITOLO III

LEX MERCATORIA E PRINCIPI
DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

“Un diritto commerciale in senso proprio, come ramo distinto del diritto, a quanto sappiamo (...), si trova solo in germe nell’antichità classica (...); sebbene una parte considerevole del diritto privato classico e persino germanico sorto con la fondazione delle città abbia un tipo eminentemente commerciale, sia cioè creato essenzialmente per i bisogni del traffico commerciale, in specie del grande commercio internazionale oppure interno. La separazione più o meno netta, ma tuttavia ora compiuta nelle sue linee principali presso tutti i popoli civili dei nostri giorni, quantunque in diversa estensione e con diverse forme, è opera del medioevo italiano inoltrato e delle codificazioni moderne”.

(GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, trad. it., Torino, 1913, pp. 33-34).

1. I principi dell’ordinamento internazionale. — 2. I principi generali riconosciuti dalle nazioni civili. — 3. *Lex mercatoria*. — 4. *Segue*: I principi dei contratti del commercio internazionale.

1. *I principi dell’ordinamento internazionale.*

Ai principi generali si assegna per tradizione un ruolo assai rilevante nel diritto internazionale. Essi sono annoverati tra le fonti di questo settore del diritto, accanto ai trattati e alle convenzioni, alle consuetudini e allo *ius cogens*. Spetta ai soggetti che redigono il testo di accordi, patti, convenzioni, modelli di disciplina di contratti e altri strumenti giuridici, ri-

chiamare la categoria dei principi oppure indicarli esplicitamente, oppure utilizzare formule ampie e generali che possano essere qualificate come principi.

Nel diritto internazionale emerge la natura dei principi come “valori” condivisi: già nello *ius gentium* dei Romani si riteneva che esistesse una somma di principi applicati da tutte le popolazioni e per questo applicabili a tutte le persone, fossero esse cittadini romani oppure stranieri.

Per parte sua lo *ius cogens* è costituito da principi che gli Stati ritengono inderogabili: l’art. 103 della Carta delle Nazioni Unite del 1945 prevede che gli obblighi previsti dalla Carta, ritenuti a tutela di valori fondamentali della comunità internazionale, prevalgono su eventuali accordi con essi incompatibili. Il testo della Carta utilizza il termine “valori”, ma la dottrina ritiene che si tratti giuridicamente di “principi” [NIGRO, 2019]. La Convenzione di Vienna sui trattati definisce all’art. 53 come cogente una « norma di diritto internazionale riconosciuta e accettata dalla comunità internazionale degli Stati nel suo insieme come una norma dalla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata soltanto da una norma successiva di diritto internazionale generale che abbia lo stesso carattere ». Le violazioni dello *ius cogens* sono sanzionati dalla Corte internazionale di giustizia, con sede all’Aja [PAPA, 2015]. Dalla giurisprudenza della Corte internazionale emergono i principi ai quali la Corte si affida per sindacare la condotta degli Stati.

La Corte internazionale giudica secondo le convenzioni internazionali e applica i principi propri delle “nazioni civili”.

Nel diritto internazionale l’espressione « principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili » è connotata specificamente, in quanto contenuta nello statuto della Corte internazionale di giustizia, all’art. 38. I principi del diritto internazionale fanno riferimento ad un ambito di carattere generale e storicamente non determinato [STROZZI, 1992].

Si discute, innanzitutto, se oggi si possano dare principi « comuni » a tutti gli ordinamenti, principi cioè che siano accettati dalla Comunità internazionale, al di là dei modelli

culturali e delle tradizioni che sono propri di ciascuna esperienza. Più concretamente, l'esistenza di principi comuni emerge dalle convenzioni. Attraverso le convenzioni penetrano nell'ordinamento internazionale, quale strumento di diritto positivo, principi che gli Stati firmatari della convenzione riconoscono o dichiarano come comuni, e si obbligano ad osservarli.

Così formulati, i principi del diritto internazionale hanno una loro propria autonomia ed esistenza, rispetto a quelli — nazionali — da cui hanno mutuato denominazione e significato. Essi sono interpretati secondo le consuetudini interpretative internazionali senza esser condizionati dalla evoluzione dei modelli di diritto interno da cui sono derivati. A lungo ha resistito la tesi, difesa in modo autorevole [LAUTERPACHT, 1927; BALLADORE PALLIERI, 1931, SCERNI, 1932] secondo la quale i principi generali propri di un ordinamento nazionale sono comuni a tutti gli altri ordinamenti nazionali. Pur onorevole e apprezzabile, questa tesi non ha retto ad obiezioni di natura razionale e fattuale. Senza calcolare poi che principi apparentemente condivisi trovano diverse applicazioni da parte degli interpreti nelle singole esperienze considerate [da ultimo v. GAJA, 538].

Nella storia dei principi generali assume particolare importanza il testo che era stato concordato dalle Nazioni uscite dalla Prima Guerra mondiale prostrate dal massacro di milioni di soldati e di civili per prevenire altre guerre, e dirimere le controversie tra Stati. La Società delle Nazioni, fondata nel 1920 (anche ad opera di Vittorio Scialoja), era retta da una convenzione che prevedeva la istituzione di una corte permanente di giustizia. Questa, istituita nel 1922, operava secondo le regole dello statuto approvato dalla Lega; l'art. 38 dello statuto faceva riferimento alle regole applicate dalla Corte, cioè ai principi riconosciuti dalle Nazioni civili.

La dottrina italiana ha dedicato approfonditi studi ai "principi generali" come richiamati dall'art. 38 dello statuto della Corte permanente. Negli anni Trenta due monografie di dividevano il campo: una, ad opera di BALLADORE PALLIERI

Portata e autorità internazionale dei principi

[1931] e l'altra ad opera di SCERNI [1932]. Si era discusso in che modo potesse essere applicata l'*analogia (legis e iuris)* nel diritto internazionale, e se i principi richiamati dovessero derivare solo dai trattati e dalle consuetudini appartenenti alle fonti del diritto internazionale, o potessero essere derivati da ordinamenti nazionali in quanto riconosciuti allo stesso modo da più ordinamenti. Si erano cioè già sollevate le questioni discusse ancora oggi: se il giudice attraverso l'analogia applichi norme già esistenti in quanto l'ordinamento è "chiuso", oppure attraverso i principi possa far penetrare ab esterno valori non espressi dalle regole dell'ordinamento, e se il giudice dunque "crei" la norma da applicare anziché applicare norme già esistenti.

I principi nel diritto internazionale hanno una loro evoluzione, con diversi effetti e funzioni.

Si distinguono così [STROZZI, 1992, 203]:

— principi a natura astratta, con funzione interpretativa, quali *pacta sunt servanda*, buona fede, proporzionalità, equità, abuso del diritto, ragionevolezza, rispetto dei diritti altrui;

— principi a contenuto più preciso e quindi vincolanti, quali prescrizione, *estoppel*, eguaglianza delle parti in giudizio, consenso delle parti alla giurisdizione, *res iudicata*, litispendenza, competenza sulla competenza;

— principi di natura sostanziale, quali libertà dell'alto mare, riparazione del danno ingiusto, stato di necessità, legittima difesa, non ingerenza negli affari interni, diritti quesiti, arricchimento ingiusto, *inadimplenti non est adimplendum*, *rebus sic stantibus*, relatività dei patti, principi umanitari;

— principi inerenti alla natura dell'ordinamento internazionale, quali sovranità, eguaglianza, indipendenza politica degli Stati, e così via;

— principi di fonte convenzionale e principi di fonte consuetudinaria.

Termine estratto capitolo

Altre
classificazioni

CAPITOLO IV

I SISTEMI CODIFICATI E I SISTEMI NON CODIFICATI

« *L'office de la loi est de fixer, pour des 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* ».

(J. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, 1884, p. 8).

1. La natura dei principi generali. — 2. Principi e metodo comparatistico. — 3. Le esperienze nazionali. L'esperienza francese. — 4. *Segue*: L'esperienza tedesca. — 5. *Segue*: La codificazione della formula « principi generali del diritto ». L'esperienza spagnola. — 6. *Segue*: Altre esperienze (Svizzera, Portogallo, Paesi Bassi, America Latina, Giappone, Cina). — 7. *Segue*: L'esperienza inglese. — 8. « Anatomia » della legge. — 9. *Segue*: Il *common law*. — 10. *Segue*: I poteri creativi del giudice nel modello svizzero.

1. *La natura dei principi generali.*

Per comodità espositiva conviene muovere dalla descrizione dei sistemi giuridici considerando le regole, esplicite, che si occupano della interpretazione della legge e della applicazione dei principi generali: è la prospettiva formalistica, positivista, che, prevalsa nella cultura continentale, lascia però intravedere lo sforzo creativo del giudice, anche se non intende riconoscerlo appieno. Si è detto che l'analisi comparatistica offre molti spunti di riflessione sulla natura e sul ruolo dei principi, e ci lascia intendere che non è possibile, se non a prezzo di comode e forse svianti generalizzazioni, ritenere che i “principi” abbiano lo stesso significato, o, ancor

peggio, lo stesso ruolo nei vari ordinamenti. Utile è invece assumere un atteggiamento relativistico, storicamente determinato, e attento ai condizionamenti — alla “precomprensione” — dell’interprete. Josef Esser, nella sua opera straordinaria sui principi, dedica diversi capitoli all’analisi dei modi in cui i principi sono intesi e applicati nei diversi ordinamenti [ESSER, 1990]; e Rodolfo Sacco ci avverte che nei diversi modelli i principi sono la spia della libertà creativa del giudice, sono considerati come norme o come il risultato dell’interpretazione effettuata su basi scientifiche, possono essere verbalizzati o rimanere occulti (crittotipi), possono essere considerati omogenei oppure bilanciati se tra loro contrapposti [SACCO, 1992].

Le codificazioni, anche se espresse con formule chiare e precise, generali ed astratte, non impediscono la « produzione » o la riproduzione di broccardi, massime, formule proverbiali. Tutte queste tecniche sopravvivono alle codificazioni, come sopravvivono alle codificazioni gli atteggiamenti mentali, gli argomenti e i modi di ragionare dei giuristi, insieme con le categorie giuridiche, gli « istituti », le partizioni del diritto e così via. Anche i principi generali, in quanto espressi con massime e broccardi, tendono a sopravvivere alle codificazioni. Tuttavia, essendo nell’Ottocento ormai il diritto sussulto nella organizzazione dello Stato, racchiuso nella legge, e la legge nei codici (oltre che nelle previsioni speciali), e la consuetudine degradata a fonte inferiore, i principi debbono riaccreditarsi, cioè trovare il loro fondamento, le loro radici, nel testo scritto.

I giuspositivisti formalisti tendono a considerare gli ordinamenti giuridici, come sistemi chiusi, che si autointegrano là dove manifestano (apparenti) lacune, non potendo il diritto ammettere contaminazioni dall’esterno; e tuttavia, esaminando gli orientamenti della giurisprudenza, si scopre che spesso il riferimento alle norme è fatto più per mascherare l’operazione ermeneutica effettuata dall’interprete che non il risultato della loro effettiva applicazione.

Non è detto infatti che il testo scritto debba enunciare esplicitamente i principi. L'interpretazione del testo provvede a ricollegare il vecchio principio con il nuovo testo, oppure, se il nuovo testo lo richiede, è sempre l'interpretazione che provvede a creare nuovi principi.

In altri termini, i principi debbono avere il marchio della legittimità, essere richiamati nelle fonti del diritto per poter essere applicati. Ma serpeggiano nelle decisioni, e talvolta anche nelle elaborazioni teoriche, quasi conducendo una vita indipendente. Si registra così la pia illusione dei legislatori — da Giustiniano a Napoleone — che tutto vogliono ingabbiare nelle maglie della legge, perché essa non sia tradita; ma attraverso le maglie del testo sgusciano fuori i principi, che alimentano un'interpretazione più libera. Talvolta si ricorre alla distinzione tra *lettera e spirito* della legge, altra volta si ricorre alla finzione delle *lacune*, altra volta alla distinzione tra interpretazione stretta e interpretazione lata, altra volta alle diverse forme di analogia (*legis, iuris*).

Il quadro che emerge dalle fasi storiche di elaborazione dei principi e dagli studi sui principi restituisce l'immagine di una grande officina, in cui lo studioso, il giudice, il legislatore si affannano, ciascuno con le proprie competenze, con la propria sensibilità, con la propria cultura e con i propri progetti, a individuare i principi e a metterli in opera.

L'officina dei
principi

E si riscontrano curiose coincidenze, o addirittura corsi e ricorsi nella trattazione dei principi: ciò a conferma della circolazione dei modelli e della iterazione delle operazioni logiche effettuate dai giuristi. I giuristi italiani che scrivevano all'inizio del secolo trattavano di problemi che saranno poi ripresi in Francia e negli Stati Uniti; le problematiche discusse trent'anni fa in occasioni congressuali, ritorneranno nei dibattiti recenti in Italia.

Se si opera un sintetico raffronto con altre esperienze giuridiche, ci si può avvedere che i principi generali pongono ovunque gli stessi problemi e spesso portano a simili risposte.

Uno dei maggiori comparatisti del Novecento, Rudolf Schlesinger, ha avuto modo di dipingere in un grande affre-

sco la situazione negli anni Sessanta in materia di principi generali. Ben poco è cambiato da allora; sì che appare opportuno riprenderne in sintesi i punti fondamentali. L'occasione era offerta dal congresso della Accademia internazionale di diritto comparato, tenutosi ad Amburgo nel 1962, a cui già si è fatto cenno.

a) *Antecedenti storici della problematica attuale.*

Il congresso muoveva da due antefatti recenti. Da un lato, dalla ricerca che lo stesso Schlesinger aveva avviato alla School of Law dell'Università Cornell, a partire dalla fine degli anni Cinquanta [SCHLESINGER, 1957], in cui, muovendo dall'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia, si chiedeva se si potessero individuare i principi più importanti per disciplinare i contratti internazionali. Dall'altro lato, proprio l'anno precedente, si era tenuta a Babelsberg una importante conferenza sui principi fondamentali sovietici per la legislazione civile [MARKOVITS, 1975].

Le basi filosofiche dei principi

Anche in quella occasione si era avvertita l'esigenza di riannodare la questione dei principi generali alle loro antiche origini. Duemilacinquecento anni di storia, che si svolgono da Aristotele, Cicerone, Tommaso d'Aquino e Tommaso Moro ai contemporanei lasciano il segno, non passano invano. Il segno è dato dal significato e dalla funzione dei principi generali. Ovviamente, ciascun autore ha il suo progetto e lascia la propria impronta. Anche in quella occasione, per consentire il dialogo tra giuristi di diversa cultura e formazione, si prese l'avvio da una definizione convenzionale di principio: un enunciato ampio che porta a soluzione di problemi e orienta i comportamenti, assunto in schemi astratti attraverso un procedimento che riduce ad unità le molteplici fattispecie offerte dalla vita reale.

Termine estratto capitolo

CAPITOLO V

I PRINCIPI E I DIRITTI FONDAMENTALI
DELL'UNIONE EUROPEA

I. *I principi del diritto europeo come fonte del diritto*. 1. Premessa. — 2. Modelli metodologici. — 3. I principi dell'Unione europea. Testi legislativi. Trattati, regolamenti, direttive, raccomandazioni. — 4. Il formante giurisprudenziale. La Corte di Giustizia dell'Unione europea. — 5. I “principi generali del diritto civile” nei casi recenti decisi dalla Corte di Giustizia. — 6. La natura giuridica dei principi generali come richiamati dalla Corte di Giustizia. II. *Principi e diritti fondamentali*. — 7. La Carta dei diritti fondamentali siglata a Nizza. — 8. Dignità e diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. — 9. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e diritti della persona. — 10. La Convenzione europea. Dignità e diritti dell'uomo. — 11. Il Trattato di Lisbona. — 12. L'identità digitale e tutela della persona. — 13. La solidarietà nel diritto privato. Spunti e problemi. — 13.1. Premessa. — 13.2. La discussione sul principio di solidarietà. — 13.3. Il Trattato di Lisbona e la Carta dei diritti fondamentali. — 13.4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia. — 13.5. Il pilastro europeo dei diritti sociali. — 13.6. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. — 13.7. La solidarietà tra gli Stati Membri. — 13.8. La solidarietà tra Istituzioni europee e Stati Membri. — 13.9. La solidarietà tra Unione e cittadini. — 13.10. I dubbi sull'effettività del principio di solidarietà. — 14. La sostenibilità come principio normativo e le regole dello sviluppo economico. — 14.1. La sostenibilità, termine politico ed economico. — 14.2. La sostenibilità come concetto normativo e il dibattito sulla società per azioni. — 14.3. Il percorso normativo del concetto di « sostenibilità ». — 14.4. Tre casi paradigmatici di responsabilità sociale delle imprese per violazione di diritti fondamentali: *Vedanta*, *Okpabi*, *Milieudefensie*. — 15. La sussidiarietà e la tutela del consumatore. — 16. Il mercato unico digitale. — 16.1. Nascita del mercato digitale. — 16.2. La strategia (normativa) dell'Unione europea. — 16.3. I cambiamenti del modello economico europeo. — 16.4. A che punto siamo? — 17. L'ignoranza dell'abuso del diritto nei testi di armonizzazione del diritto privato europeo. — 17.1. Introduzione. — 17.2. Le regole scritte. — 17.3. La costruzione giurisprudenziale dell'abuso del diritto. — 17.4. Le perplessità

della dottrina di diritto privato europeo. — 17.5. Abuso del diritto e principio di buona fede. — 17.6. I limiti all'applicazione del divieto. — 17.7. L'ignoranza dell'abuso del diritto nei testi di armonizzazione del diritto privato europeo. III. *I tentativi di elaborazione dei principi di un codice civile europeo*. — 18. *L'acquis communautaire* e il diritto contrattuale europeo. — 19. I progetti di codificazione e le iniziative dell'Unione europea. — 20. Il *Draft Common Frame of Reference*. — 20.1. La cornice del *DCFR*. — 20.2. Le obiezioni alla "europeizzazione" del diritto privato. — 20.3 Il *DCFR*, la Carta di Nizza e il diritto dei consumatori. — 20.4. Le scelte del *DCFR*. — 21. L'autonomia delle parti nei progetti di uniformazione del diritto privato. — 22. Un raffronto testuale tra le formule del *Draft*, dei PECL e dei PICC. "Autonomia delle parti" e "libertà contrattuale". — 23. L'autonomia contrattuale nel contesto sistematico della parte generale del *Draft*. — 24. La codificazione della *merger clause*. — 25. Le regole non derogabili. — 26. Ripensare la libertà contrattuale? — 27. La libertà contrattuale in senso formale e in senso sostanziale. Concezione individualistica e concezione solidaristica del contratto: una posizione ambigua o compromissoria del *Draft*? — 28. La redazione del contratto individuale nell'interesse del cliente e le scelte del *Draft* in materia di libertà contrattuale. — 29. Il *Feasibility Text*. — 30. Il Regolamento sulla vendita di prodotti digitali (CESL).

I

I principi del diritto europeo come fonte del diritto

1. Premessa. — 2. Modelli metodologici. — 3. I principi dell'Unione europea. Testi legislativi. Trattati, regolamenti, direttive, raccomandazioni. — 4. Il formante giurisprudenziale. La Corte di Giustizia dell'Unione europea. — 5. I "principi generali del diritto civile" nei casi recenti decisi dalla Corte di Giustizia. — 6. La natura giuridica dei principi generali come richiamati dalla Corte di Giustizia.

1. *Premessa.*

Nei testi europei si ritrovano riferimenti testuali a principi generali. Ad esempio, l'art. 215, comma 2, del Trattato istitutivo della C.E.E. dispone che « in materia di responsabilità extracontrattuale, la Comunità 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 ». Qui l'espressione « principi generali » è impiegata nel senso di norma desumibile dalle disposizioni contenute negli ordinamenti interni che siano « comuni », cioè che si corrispondano: siano in altre parole vigenti e osservati negli ordinamenti interni degli Stati membri.

Quanto ai principi di diritto europeo, la letteratura italiana opera nello stesso modo in cui operano gli interpreti degli altri settori del diritto: si riscontrano diverse accezioni di principio (inteso, di volta in volta, come elemento o istituto, come regola di carattere generale ecc.). Qui lo consideriamo nell'accezione di norma avente tenore generale, desumibile in via induttiva dal complesso di altre norme, ovvero oggetto di enunciazione esplicita dei testi formali. In questo senso, si sono ricavate dalle norme comunitarie diverse affermazioni di principi:

- le libertà individuali,
- i diritti di natura economica,
- i diritti alla difesa,
- il principio dei diritti quesiti,
- il principio della certezza del diritto e del legittimo affidamento,
- il principio di eguaglianza,
- il principio di proporzionalità,
- il principio di esonero da responsabilità per forza maggiore,
- il principio di buona amministrazione,
- il principio di responsabilità extracontrattuale,
- i principi di ermeneutica.

Una rassegna di giurisprudenza, di recente tentata [TORIELLO, 1993], lascia intendere che anche la Corte di Giustizia fa impiego dei principi generali nello stesso modo in cui essi sono impiegati dalle corti italiane: ad uso integrativo, correttivo, esplicativo delle disposizioni vigenti che risultano oscure, lacunose, generiche.

Tra i principi accolti dall'ordinamento europeo, uno, in

particolare, spesso trascurato dalla dottrina internazionalista e comunitaria, rileva nell'ambito del diritto privato: il principio di tutela del consumatore.

L'esistenza e l'utilità di principi generali di diritto europeo è oggetto, ancor oggi, di qualche perplessità, nonostante già nel 1964 Paul REUTER [1964] avesse modo di constatare che la Corte di Giustizia delle Comunità europee ricorre volentieri ai principi generali. Robert KOVAR [1964] di recente ha confermato che la Corte utilizza i principi tra le fonti non scritte del diritto europeo. Per la verità, il dubbio che si espone, oggi, in Francia [SIMON, 1991] riguarda non tanto l'esistenza, quanto la « necessità » dei principi generali di diritto europeo.

Innanzitutto, si mette in luce il fatto che i principi generali sono legati al diritto nazionale dei singoli Stati membri, anche se si potrebbe obiettare subito che per alcune famiglie, quali quella romanistico-germanica, vi sono identità o affinità non trascurabili nell'*humus* culturale e storico degli ordinamenti che ne fanno parte, e che qualche principio, insieme con molti broccardi, sono anche comuni al diritto inglese.

Si pone in evidenza, però, il fatto che i principi di diritto europeo, che ricevono di volta in volta denominazioni diverse, sono di origine pragmatica, e quindi pervasi da un grande eclettismo. Inoltre, si sottolinea che l'assenza di una serie di norme fondamentali, poste alla base dell'ordinamento europeo, priva il giudice di un punto di riferimento per la costruzione dei principi; d'altra parte, pur avendo una sua specificità, l'ordinamento europeo non si può considerare un sistema chiuso, essendovi osmosi tra i diversi sistemi e una notevole circolazione dei modelli giuridici.

Le fonti dei principi comunitari si debbono quindi ricercare sia nel diritto internazionale, sia nel diritto dei singoli Stati membri, in particolare nei diritti costituzionali degli Stati membri; oltre a queste fonti, si deve tener conto del diritto europeo.

Termine estratto capitolo il complesso dei valori

Sezione non inclusa

CAPITOLO I

PROFILO STORICO

« Privilegio es de ciencia reducir a principios generales su enseñanza; son las maximas doctrinales, lo que el nombre dice, cabezas y como fuentes del buen discurrir, los fundamentos del enseñar; comience, pues, por un principio real la arte reina ».

(B. GRACIAN, *Agudeza y arte del ingenio*, Discurso IV, Huesca, 1648).

1. Le origini della formula codificata. — 2. Principi generali e lacune — 3. I principi generali sotto il codice del 1865. La tesi statualista. — 4. La tesi giusnaturalista. — 5. Critiche: natura delle cose, equità, valori della tradizione. — 6. Il ruolo integrativo dei principi. — 7. La critica alla discrezionalità del giudice. — 8. La rivincita del diritto positivo. — 9. « I principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato ». — 10. L'art. 12 delle « preleggi ». — 11. Utilità o necessarietà della disposizione? — 12. Gerarchia dei criteri interpretativi? — 13. L'identificazione dei principi. — 14. Le coppie di principi. — 15. Usi giurisprudenziali e usi legislativi dei principi. — 15.1. Usi giurisprudenziali. — 15.2. Usi legislativi. — 16. I principi costituzionali. Il principio di laicità. — 16.1. Laicità: definizioni. — 16.2. Il problema della laicità nel diritto privato. — 16.3. Laicità e rapporti di diritto privato. — 17. I principi generali nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. — 18. Il principio di certezza del diritto. — 18.1. La certezza del diritto: formula contingente o coesenziale al diritto? — 18.2. La certezza del diritto e i problemi del passato. — 18.3. La soglia invalicabile dell'incertezza del diritto. Alcuni episodi dell'esperienza italiana. — 18.4. Vitalità e crisi del diritto. — 18.5. Certezza del diritto, ruolo del legislatore e ruolo dell'interprete. — 18.6. La certezza del diritto e il diritto dell'economia. — 18.7. Il recupero della certezza del diritto al livello costituzionale. — 18.8. L'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia della Comunità europea. — 19. Il principio personalistico. La dignità umana. — 19.1. Terminologia e riferimenti normativi. — 19.2. Definizione dei contenuti. — 19.3. Contemperamento o gerarchia di valori? — 19.4. Una citazione a mo' di conclusione.

1. *Le origini della formula codificata.*

L'art. 12 delle
« preleggi »

A differenza di altri modelli codificati, il modello italiano da quasi due secoli registra una enunciazione normativa contenente il riferimento ai principi. Ed il diritto vigente si fonda sull'art. 12 delle preleggi che, come più volte si è detto, cita i principi nell'ambito della disciplina della *interpretazione della legge*. Il giudice non è libero di ricorrere ai principi generali per risolvere il caso, perché debbono concorrere più presupposti. Il caso deve essere *dubbio*, non deve sussistere una disposizione precisa da applicare, non si è potuto risolvere il caso ricorrendo a disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe (*analogia legis*) sì che — rimanendo ancora il caso *dubbio* — « si decide secondo i *principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato* ».

Per procedere alla decifrazione del significato di questa formula non è sufficiente l'interpretazione letterale, è necessario ripercorrere la storia del dato positivo.

Storia del dato positivo significa ricerca delle formule anteriori a quella codificata dall'art. 12 delle preleggi. Ma significa anche analisi delle questioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza intorno a quel dato positivo.

Il raffronto testuale è apparentemente scarno. Come si è rilevato, non si trova nel Code Napoléon, il codice-padre degli ordinamenti appartenenti alla famiglia romano-francese, una disposizione che faccia riferimento ai *principi generali* in quanto tali, intesi come tecnica di enunciazione di valori e indirizzi cui l'interprete si debba riferire in situazioni date. Sono codificati *singoli* principi generali (come il principio *alterum non laedere*, il principio della vincolatività del contratto, e così via).

È questo un fatto molto importante nella storia politica e nella storia del diritto. Nello spazio di tempo che separa la fine del secolo XVIII dall'inizio del nostro secolo, che potremmo definire l'epoca delle codificazioni, avviene la « positivizzazione dei principi generali ».

a) *L'impronta del gius-naturalismo.*

Sia nella codificazione napoleonica, sia in quella austriaca si possono rintracciare le impronte del gius-naturalismo. Nella seconda sono più nette, perché si riscontrano regole di codice che fanno esplicito richiamo ai valori del diritto di natura. Però, tali valori sono « incapsulati » nel codice, quindi sono resi diritto positivo vigente, tradotti in norme esplicite o in principi generali. I principi generali, nella nuova epoca, che esprime un nuovo modo di concepire la legalità, pur preesistendo al codice, perché permeano la scienza giuridica, in tanto sono applicabili, in quanto sono richiamati dal codice. Insomma, i principi generali che si ispirano al diritto naturale, pur preesistendo all'ordinamento, entrano a farne parte solo in quanto da esso richiamati.

b) *Le prime codificazioni.*

Nel *code civil*, lo si è ripetuto più volte, non si parla esplicitamente di principi. La preoccupazione di Napoleone è di dare regole chiare che il giudice, « bouche de la loi », deve applicare in modo letterale; non è ammesso neppure il commento, per evitare che l'intento legislativo ne esca diminuito o distorto.

Non per questo la dottrina si perita di procedere ad una elaborazione dei principi generali. Ciò per la sopravvivenza degli studi romanistici. Si noti che la traduzione italiana del *code civil*, cioè il Codice civile del Regno d'Italia, concernente le province italiane conquistate da Napoleone, entra in vigore nel 1806, con l'*obbligo* per i docenti universitari di commentare nei loro corsi il codice civile con l'ausilio del diritto romano. Ma anche la tendenza tipicamente francese alla classificazione e all'astrazione sono una potente spinta alla individuazione, al coordinamento, alla critica, alla applicazione dei principi. Sì che, nei manuali di diritto privato di Laurent, Toullier, Zachariae si fa ampio uso dei principi, in contrasto con la volontà legislativa originaria, ma in conformità con le esigenze dottrinali e logiche di ogni esperienza giuridica.

I codici
preunitari

Una menzione esplicita della espressione « principi generali » è contenuta per contro nel codice civile austriaco del 1811, vigente dal 1816 nelle province italiane sotto il dominio austriaco. Il § 7 è così formulato: « Qualora un caso non si possa decidere né secondo le parole né secondo il senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi ed ai motivi di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principi del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e naturalmente ponderate ».

Scarsi riferimenti si possono trovare negli ordinamenti degli altri Stati italiani anteriori alla conquista napoleonica. In qualche Stato, come nel Regno di Sardegna, la situazione, dopo la caduta di Napoleone e la Restaurazione, era ancora più complicata.

c) *Il codice albertino.*

Nel 1837, al momento di unificare la disciplina civilistica degli Stati piemontesi (Piemonte e Savoia, ove vigevano le costituzioni savoiarde; Liguria, ove era rimasto in vigore il Code Napoléon; Sardegna ove erano in vigore leggi particolari) gli estensori del codice (poi denominato albertino) sono assillati dal problema: usare o no l'espressione « principi generali »? e in caso positivo, copiare quella austriaca che fa riferimento al diritto naturale? La soluzione è al tempo stesso singolare e illuminante: si preferisce una dizione scarna, contenuta nella formula « principi di diritto ».

La storia della formula è assai complessa. Essa risulta da una approfondita ricerca in cui si sono descritte — oltre alle condizioni ambientali frutto di diverse correnti filosofiche e di diversi schieramenti politici — le successive versioni del testo [SCIUMÈ, 2002, 107 ss.].

I redattori del codice avrebbero potuto scegliere di non

Termine estratto capitolo

CAPITOLO II

IL CONTRATTO

1. Un inventario di *dicta*, massime, broccardi, principi. — 2. Libertà contrattuale e giustizia contrattuale. — 2.1. La libertà contrattuale ammissibile fino al limite dell'ingiustizia. — 2.2. La prospettiva storica. — 2.3. Il vessillo neoliberista. — 2.4. La giustizia dello scambio. — 3. Il principio della « volontà » e la sua oggettivazione. L'esempio dell'interpretazione. — 3.1. Premessa. — 3.2. Interpretazione letterale. — 4. Libertà di trattativa e recesso. — 4.1. Libertà e affidamento. — 4.2. Risarcimento e contenimento. — 5. Il dibattito attuale su autonomia e libertà nella disciplina del contratto. — 5.1. Qualche precisazione lessicale. — 5.2. Significato e funzione del sintagma « autonomia contrattuale ». — 5.3. L'autonomia privata nella letteratura italiana del primo Novecento. — 5.4. Significato e funzione del sintagma « libertà contrattuale ». — 5.5. Le codificazioni, Scuola storica e Pandettistica. — 5.6. Libertà contrattuale e libertà di commercio. — 5.7. Dallo *status* al contratto. — 5.8. La codificazione del 1942. — 5.9. L'applicazione dell'art. 1322 c.c. — 5.10. Il valore costituzionale della libertà contrattuale. — 5.11. La libertà contrattuale nella giurisprudenza della Corte costituzionale. — 5.12. Note di diritto comparato. — 6. La solidarietà nei rapporti contrattuali. — 6.1. La solidarietà costituzionale nei rapporti tra privati. — 6.2. Casi emblematici. Il recesso *ad nutum*. — 6.3. Riduzione d'ufficio della clausola penale. — 6.4. L'inerzia del creditore. — 6.5. La nullità selettiva. — 6.6. L'escussione della polizza fideiussoria.

1. *Un inventario di dicta, massime, broccardi, principi.*

Con riguardo alla identificazione dei « valori » individuati e tutelati dalla giurisprudenza in materia contrattuale si è già fatto riferimento ai principi portanti, e cioè alla libertà contrattuale, all'affidamento (e all'apparenza) e alla buona fede oggettiva. La tradizione e la giurisprudenza correnti continuano ad accreditare l'esistenza di un ampio numero di

altri principi che trovano traduzione in qualche norma, in modo esplicito, ovvero in gruppi di norme, ovvero qualche semplice referente dal quale possono essere dedotti per via interpretativa, ovvero ancora sono conati a complemento di una disciplina per qualche verso lacunosa e per altro verso generica.

(i) *Un settore normato con regole scritte e principi in alto numero.*

Si tratta di una operazione di creazione normativa per via giurisprudenziale che ancora attende una analisi approfondita. Ma si tratta di fenomeno da non sottovalutare. Ed infatti: gli articoli dedicati dal codice civile al contratto in generale sono poco più di un centinaio (artt. 1321-1469). Calcolando che *grosso modo* ciascun articolo contiene in media due enunciati, la normativa scritta si compone di circa duecento preceetti.

Modelli
codicistici

Pur scontando differenze di collocazione sistematica, gli altri codici di tradizione romanistica comprendono un numero di articoli assai inferiore. Il Code civil unisce la disciplina delle obbligazioni, del contratto, delle prove e dei quasi-contratti in circa duecento articoli (artt. 1101-1381); il Codice civil portoghese (1867-1966) riduce questa normativa (artt. 405-463) dimezzando quindi l'estensione delle norme scritte; il Codice civil spagnolo (1889) dedica ai contratti un numero di norme ancora inferiore (artt. 1254-1314), se si calcola che esse sono composte da un solo enunciato in media; il B.G.B. ritorna ad una disciplina analitica con ampi e dettagliati paragrafi sulla dichiarazione di volontà (artt. 116-144), sul contratto in generale (artt. 145-185), sulle obbligazioni contrattuali (artt. 305-361).

Se si considera che l'inventario dei cosiddetti principi di diritto contrattuale è un'opera aperta, attesa la fantasia e la capacità di adattamento della giurisprudenza, si può calcolare che ai duecento enunciati si può aggiungere ancora un centinaio di principi.

(ii) *Pacta sunt servanda.*

Essi pure essendo rivolti a regolare un settore, sono tra loro disomogenei e riflettono perciò la loro stessa origine, storicamente diversificata. Di volta in volta corrispondono ad esigenze di giustizia (es. *neminem laedere*, corrispondenza tra le prestazioni); riflettono regole ovvie, quali *ad impossibilia nemo tenetur*; *nemo plus transferre potest quam ipse non habet*; riflettono condizioni di possibilità di uno stesso rapporto (*pacta sunt servanda* cui si aggiunge però *rebus sic stantibus*). Anche le funzioni variano perché trasclorano da quella interpretativa a quella integrativa, a quella direttiva o limitativa.

Non è agevole completare un inventario dei princìpi richiamati in giurisprudenza nel settore dei contratti, anche perché la gran parte delle sentenze non è pubblicata per esteso ed occorre quindi operare per massime. Ma in questo caso l'uso delle massime non è fuorviante perché il confezionatore della massima riflette (quale interprete) la *communis opinio*, lo *stylus curiae* e si fa veicolo del linguaggio e delle tecniche argomentative usuali.

Nell'ambito della ricognizione dei princìpi che formano il diritto dei contratti occorre effettuare ancora una duplice distinzione: la scansione per fasi storiche in cui tali princìpi si affermano e la gerarchia di tali princìpi (ove sussista).

a) *Principi fondamentali.*

(i) *Principi storicamente risalenti.*

La prima distinzione non è agevole perché — a differenza dei *grands arrêts* della giurisprudenza — i princìpi maturano nel tempo, si considerano e diventano vincolanti solo se intorno ad essi si aggregano precedenti, riconoscimenti della dottrina o addirittura impressioni di crisi formali dei legislatori. Di molti di essi, espressi in brocardi, si può predicare l'origine romanistica perché rintracciabili nelle fonti; di altri si può individuare l'origine del diritto comune; di altri ancora

Inventario di
principi

nella tradizione francese o tedesca; altri invece sono oggetto di creazione giurisprudenziale recente, per così dire « continua ».

La diversa origine storica, la risalente applicazione e la costante osservanza non ne garantiscono tuttavia la prevalenza o la preminenza rispetto agli altri di più recente conio. Ed infatti si possono — in epoca moderna — identificare alcuni fondamentali principi che oggi reggono (così dice la dottrina) il diritto dei contratti, e prevalgono sugli altri quali che siano le loro origini. Già si è detto del ruolo assunto storicamente, sul piano del diritto interno e sul piano del diritto internazionale dal principio « *pacta sunt servanda* ».

(ii) *Libertà contrattuale.*

Certamente il principio più citato è quello di *libertà contrattuale* cui si è persino tentato di offrire una base costituzionale e una connessione con le libertà della persona, in un rigurgito di giusnaturalismo storicamente ormai superato. La sua collocazione è per eccellenza ottocentesca; le sue radici si affondano nelle elaborazioni dei giusnaturalisti e nelle opere preparatorie della codificazione napoleonica. Con esso si coniuga il principio consensualistico, che appunto dall'incontro dei consensi fa nascere gli obblighi assunti dalle parti, e fa nascere altresì il potere traslativo dei diritti reali; fa da contraltare a questi principi, la libertà di testare.

Dal punto di vista ideologico, le critiche più acute sulla libertà contrattuale sono pervenute da quanti hanno manifestato delusione per testi costituzionali che sono parsi “paleoliberali” [GROSSI, 2002; AA.VV., 2004; SOMMA, 2017]. È proprio il substrato ideologico della Carta, ma anche delle direttive comunitarie e dei progetti di codificazione del diritto contrattuale, ha sollecitato un gruppo di studiosi a firmare un *Manifesto sulla rinascita sociale del diritto europeo dei contratti.*

Termine estratto capitolo