

Università degli Studi di Milano – Bicocca
Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche

***Curriculum* in Diritto pubblico per l'economia**

I principi generali nell'esperienza giuridica.
Prospettive di diritto pubblico dell'economia

Chiara Guardamagna

Matricola 734637

XXV ciclo – a.a. 2011/2012

Sommario

Capitolo I

Premessa

1. I principi generali come concetto3
2. I principi generali e il diritto dell'economia12
3. Principi generali e dogmi16

Capitolo II

La dimensione giuridica

1. I principi generali nella definizione di diritto21
2. I principi generali e le norme giuridiche28
3. La tesi normativa39
4. Segue: i principi nel diritto positivo48
5. Segue: la riferibilità dei principi all'ordinamento68
6. Segue: il diritto e la sua formulazione78
7. Il senso giuridico dei principi generali93

Capitolo III

I principi generali e la produzione normativa

1. Lo stato della produzione normativa111
2. La situazione del diritto dell'economia135
3. I principi generali nel processo normativo155

Conclusioni185

Bibliografia195

Capitolo I

Premessa

1. I principi generali come concetto

Ragionare di principi generali nell'esperienza giuridica significa imbattersi in una categoria concettuale, quella dei principi, tra le più indeterminate che esistano.

Che cosa sia un principio generale, che posto occupi nel diritto, sono questioni che non trovano risposta e che, probabilmente, sono destinate a non trovarne. O meglio, ne possono trovare diverse, tutte ragionevoli, nessuna migliore delle altre, e pertanto nessuna che possa dirsi *la* soluzione.

Sul piano dogmatico, dunque, i principi generali non hanno mai avuto una definizione scientifica, e nemmeno una sistematizzazione sicura all'interno della sfera del giuridico¹.

¹ La stessa terminologia è incerta. A cominciare dalla distinzione tra principi del diritto e principi dell'ordinamento di cui si tratterà nel II capitolo. A rigore, poi, non è indifferente l'uso della proposizione "di" o "del", quest'ultima infatti varrebbe a indicare una categoria più ampia. I "*principi del diritto sono più che principi di diritto*", e la formula principi di diritto è "*meno impegnativa*". I principi generali del diritto o dell'ordinamento sono da tenere distinti, poi, dai principi contenuti nelle leggi delega, dai principi fondamentali stabiliti nelle leggi cornice in caso di competenza legislativa concorrente tra stato e regioni, dai

Eppure essi esistono per il diritto. Se ne ha prova nelle disposizioni che vi fanno rinvio, nelle sentenze che vi si richiamano, nelle trattazioni teoretiche e nei discorsi dei giuristi che tentano di dar loro un significato e degli effetti precisi.

Per questo, dire che si tratta solo di costruzioni dottrinali, quasi invenzioni, prive di valore giuridico non si concilia

principi della materia che si riferiscono a specifici settori di disciplina (ad esempio, gli appalti pubblici, il procedimento amministrativo, i contratti civilistici, la tutela dell'ambiente, *etc.*). È incerto se ai principi generali possano essere ricondotti i principi supremi. Gran parte della dottrina lo esclude, ma sembrerebbe plausibile anche la soluzione opposta come si avrà modo di precisare nel II capitolo. Diverse dai principi sono le clausole generali talvolta concettualmente equiparate agli *standard* – espressivi di modelli di comportamento (es. diligenza del buon padre di famiglia) - altre volte tenute distinte anche da questi. Difficile dare una definizione precisa delle clausole nella quale esprimere le note di differenziazione rispetto ai principi. In linea di massima può dirsi che le clausole valgano come criteri di valutazione di comportamenti in determinate materie (es. buona fede nei rapporti contrattuali). Su questi temi esiste letteratura copiosa, si segnalano in particolare: F. ORESTANO, *Ancora dei «principi generali di diritto»*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1924, pag. 273; N. BOBBIO, v. *Principi generali di diritto*, in *Noviss. dig. it.*, 1968, vol. XIII, p. 891; S. BARTOLE, v. *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXV, 1986, pag. 509-511 e 518; F. SANTORO-PASSARELLI, Intervento, in *I principi generali del diritto, atti del convegno (Roma, 27-29 maggio 1991)*, Accademia dei Lincei, 1992, Roma, p. 7; R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Glossario, Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 339-352; G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2006, cap. I; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Art. 1-9*, in *Commentario del codice civile SCIALOJA-BRANCA*, a cura di F. GALGANO, Zanichelli, Bologna, 2011, pag. 674-683.

con la realtà. E non è tanto un problema di stabilire se i principi siano vere e proprie regole del diritto – norme – o meno. Anche ammesso che essi siano “solo” concetti, non sarebbero per questo meno importanti per l’ordinamento, visto che è proprio l’ordinamento ad attribuirvi degli effetti giuridici.

Le difficoltà definitorie inducono certa parte della letteratura a privilegiare un approccio casistico ai principi. Così si abbandona il tentativo di dare alla categoria una nozione, di identificare il *genus* dei principi in un significato. Alla ricerca del senso si sostituisce il “*censimento*” dei principi, ossia la loro rilevazione nei diversi settori di disciplina².

² È l’impostazione seguita da N. BOBBIO, v. *Principi generali di diritto*, cit., p. 894. Si tratta di un’operazione pensata con finalità di studio, per costruire una teoria dei principi generali. Cosa ben diversa dal tentativo di codificazione di cui si parlerà nel corso del II capitolo. Con questo tipo di indagine si vorrebbe costruire una sorta di inventario enucleato a partire dai principi rintracciabili nel materiale giurisprudenziale, principi che pertanto trovano diretta e concreta applicazione nella soluzione delle controversie che involgono le più disparate sfere del diritto. E del pari si vorrebbe così ottenere la base per comporre una catalogazione ordinata secondo taluni criteri classificatori, che corrispondono ai principali aspetti della discussione sui principi generali. Tra i criteri rientrano la materia, l’estensione della portata vale a dire il grado di generalità, la funzione. E ciascuno di essi si scompone in sottocriteri. Un’opera siffatta, che poi equivale ad una sistematizzazione dei principi generali effettivamente utilizzati, se giungesse a compimento, forse renderebbe effettivamente più agevole lo studio dei diversi tipi di principi raggruppati. Probabilmente permetterebbe di farsi un’idea più precisa della fisionomia dei principi. Poi, una classificazione fondata sull’opera della giurisprudenza presenterebbe un duplice vantaggio. Da un lato, l’autorità della fonte. Nel senso che la catalogazione riguarderebbe soltanto quelli che un organo istituzionale, e

Ammesso di riuscire nel rilevamento, si finirebbe per mettere insieme “ *cose molto diverse*” tra loro, il che non permetterebbe di spostarsi di molto sul terreno della conoscenza dei principi generali³.

precisamente l’organo titolare del potere giudiziario, ritiene essere principi generali. Dall’altro lato, la rilevanza giuridica effettiva degli elementi selezionati. Proprio il fatto di considerare i principi applicati nell’attività giurisdizionale permetterebbe di costruire un sistema esclusivamente composto da ciò che è giuridico, e in particolare che ha attitudine a produrre effetti giuridici, tanto da essere utilizzato nell’esercizio della funzione di *ius dicere*. Non sembra che ciò equivarrebbe a ridurre il campo soltanto a regole di giudizio in senso stretto, però senz’altro consentirebbe di riservare la qualifica di principi generali soltanto a strumenti utilizzati nella trattazione e nella risoluzione delle cause giudiziali. A questo punto, però, emergono anche gli inconvenienti di questa impostazione metodologica che antepone la rilevazione dei principi alla loro definizione. Desumere principi generali dalla produzione giurisprudenziale è estremamente complicato. S’impone un’attività interpretativa sui testi con tutte le difficoltà legate al fatto di dovervi procedere senza alcun riferimento concettuale di cosa siano i principi generali giuridicamente rilevanti. E le difficoltà sono accresciute dalla mancanza di una terminologia univoca. In particolare, non è detto che i principi generali siano indicati con tale dizione nei provvedimenti giurisdizionali. All’opposto, nemmeno è detto che ciò che viene indicato come principio generale lo sia effettivamente. In ogni caso, si tratterebbe pur sempre, appunto, di principi giurisprudenziali elaborati attraverso il lavoro individuale di ciascun giudice. Ci si può pure attendere una certa convergenza dovuta specialmente alla condivisione di una cultura giuridica comune, ma senza una nozione di fondo verso cui orientarsi o un metodo da seguire ciascuno resta libero di procedere come crede.

³ Naturalmente, nella tesi incline a privilegiare la rilevazione dei principi vi è piena consapevolezza che si tratti di “ *cose molto diverse*”. E su questo presupposto viene ritenuto preferibile “*sospendere la discussione*” attorno alle questioni che riguardano

Nell'accostarsi ai principi pare dunque preferibile dare rilievo al concetto. Non tanto per cercare una definizione entro cui racchiuderli, ma per intendere il significato che essi possono avere, e che hanno, per il diritto⁴.

Forse i principi non si possono definire, forse rimarranno sempre una categoria sfuggente e oscura, ma si può guardare ad essi pensandoli almeno come componenti di un concetto unitario⁵. Vi potranno pure essere principi di diversa specie, e volendo pure principi generali di diversa specie, ma i principi generali del diritto o dell'ordinamento, quei principi ai quali si tende ad associare l'immagine di coordinate o linee fondamentali del sistema giuridico, sono categoria a sé⁶.

la natura, il fondamento, e l'origine dei principi, per tentare invece di individuare quali siano effettivamente i principi esistenti. Cfr. N. BOBBIO, v. *Principi generali di diritto*, cit., pag. 894 dove si trova l'espressione citata.

⁴ Che l'indagine sul concetto dei principi generali sia "pregiudiziale" rispetto alla loro eventuale "enunciazione" è il presupposto degli studi di Crisafulli. Cfr. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1941, specialmente pag. 43 testo e nota 3 da cui sono tratte le espressioni citate; IDEM, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, in particolare pag. 207 e pag. 213-214.

⁵ Che i principi siano un "complesso, oscuro, sfuggente concetto" e non costituiscano "affatto una categoria semplice ed unitaria" è sottolineato da N. BOBBIO, v. *Principi generali di diritto*, cit., pag. 889 e 893-894. La definizione dei principi come categoria non unitaria è ripresa anche da L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto, atti del convegno (Roma, 27-29 maggio 1991)*, Accademia dei Lincei, 1992, pag. 319.

⁶ Nell'intendere i principi generali come concetto unitario non si vuole delineare una tesi contrapposta a quella autorevolissima che rileva la non unitarietà della categoria. Bisogna intendersi. La

E che questi principi siano ontologicamente un tutt'uno è rivelato da diversi elementi. La loro indipendenza logica, anzitutto. Quella che Crisafulli chiamava “*l'indipendenza logica del concetto*” dalle disposizioni che vi rinviano⁷. Il concetto esiste prima e indipendentemente dalle norme che

categoria complessiva dei principi generali è certamente non unitaria. Qui ci si propone di studiare solo il concetto di principi generali del diritto o dell'ordinamento in cui si esprime lo spirito del sistema giuridico. E questi concettualmente sembrano formare categoria a sé. È ad essi che si riferisce la sentenza costituzionale 26 giugno 1956, n. 6 citata da Bobbio come “*autorevole determinazione del concetto*”. E la definizione data nella pronuncia costituzionale parrebbe delineare un concetto unitario. L'unitarietà del concetto sembrerebbe confermata anche ove si volesse applicare quella particolare distinzione in principi dogmatici e principi problematici configurata dalla scienza giuridica. Il concetto di principi generali qui rilevante parrebbe infatti riconducibile al tipo dei principi dogmatici tra i quali viene ad esempio annoverato il principio *pacta sunt servanda*. Questo in quanto l'altra specie, quella dei principi problematici, non ha carattere sistematico e può avere valenza solo a fini argomentativi, aspetti entrambi collidenti con le caratteristiche e le funzioni che l'ordinamento assegna ai principi generali. Resta fermo, peraltro, che i principi generali potrebbero ricondursi ai principi dogmatici solo a condizione di non intendere questi, al di là del *nomen iuris*, come verità assolute, dogmi appunto. E sembrerebbe che non lo siano dal momento che tollerano “*eccezioni derivanti da altri principi o da norme particolari*”. In ogni caso, va pure detto che i principi dogmatici parrebbero comporre una categoria più ampia rispetto a quella dei principi generali oggetto di questa trattazione, e dunque le due tipologie non sono omogenee. Cfr. N. BOBBIO, v. *Principi generali di diritto*, cit., pag. 889. Sulla distinzione in principi dogmatici e principi problematici cfr. da L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, cit., pag. 319-323.

⁷ Cfr. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto*, cit., specialmente pag. 157-167. L'espressione citata si trova a pag. 157.

lo richiamano. Identificare il singolo principio può anche essere compito non lieve⁸. Ma il concetto, quello appartiene – deve appartenere - alla cultura dei giuristi, come un patrimonio che si trasmette tra le generazioni. Talché, quando il diritto positivo vi si riferisce lo fa guardando ad esso come a un che di presupposto e di conosciuto⁹. Non di immediatamente percepibile nei suoi contenuti concreti, ma di immanente all'esperienza giuridica.

Ed è l'immanenza degli elementi ultimi, dei fondamenti nei quali si esprime il “*modo di essere*” dell'ordinamento¹⁰. È lì, nei principi, che sta lo spirito dell'ordinamento ciò che lo rende quello che è, lo tiene unito e ne definisce i valori essenziali.

Proprio sul piano dei valori, poi, si colloca un'altra caratteristica dei principi. Si tratta del contenuto assiologico del concetto, quel suo essere legato ai valori etici e morali che permeano l'ordinamento.

⁸ Che si tratti di “*non lieve ufficio*” è sottolineato da G. DEL VECCHIO, Sui principî generali del diritto, in *Studi sul diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, vol. I, pagg. 226.

⁹ Restano ferme, comunque, tutte le difficoltà di identificazione e le incertezze terminologiche. Incertezze che emergono in particolare in quelle disposizioni che contengono elenchi di principi. Ma questo si pone su di un altro piano, è questione di individuazione e di qualificazione dei singoli principi. Quel che si intende dire nel testo è che appartiene alla cultura giuridica l'idea dei principi come elementi espressivi delle linee essenziali dell'ordinamento. E del resto, storicamente, è proprio da questa idea che originano i tentativi di codificazione costruiti a partire da principi generali. Cfr., ad esempio, G. W. LEIBNIZ, *Scritti politici e di diritto naturale*, trad. it. a cura di V. MATHIEU, Utet, Torino, 1951, pag. 122.

¹⁰ L'espressione citata è di V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto*, cit., pag. 158.

Betti parlava di eccedenza assiologica dei principi sulle norme positive. Laddove l'eccedenza del principio sulla norma rievoca ciò che per le categorie della filosofia del linguaggio è il “*significato che trabocca sull'espressione*”¹¹.

Esattamente come la “*cosa*” non può essere contenuta totalmente nella parola, così i principi generali e i valori che essi racchiudono superano la finitezza della norma che riesce ad esprimerli solo in parte¹².

È una delle rappresentazioni classiche del concetto, e quella che ne rivela le difficoltà di inquadramento giuridico. Perché il rinvio al mondo dei valori evoca immediatamente una dimensione metagiuridica, dunque un essere al di fuori del diritto.

Come se i valori non entrassero nel diritto. Ma i valori entrano nel diritto, da sempre.

A rivelarlo sono le origini arcaiche di *ius* che reca impressa nell'etimo la derivazione religiosa¹³. E a rivelarlo è pure la definizione di Ulpiano che racchiude il giuridico nelle regole di “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”.

¹¹ L'espressione citata è di Betti che si richiama esplicitamente agli studi di Humboldt. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., pag. 316-317.

¹² “*La parola umana cerca bensì di rendere la cosa, ma non può contenerla totalmente in sé*”. Cfr. H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 1986⁵, trad. it. di G. VATTIMO, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 2000, pag. 867.

¹³ In proposito, anche con indicazione delle diverse ricostruzioni etimologiche del termine “*ius*” tutte comunque connotate di religiosità, cfr. B. BIONDI, v. “*Ius*”, in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, 1963, pag. 375-376.

Tutto ciò, ad indicare che il diritto “*non prescinde dalla morale*”¹⁴. Quindi dalla coscienza, dall’idea di bene e di giusto, dall’etica, così come si attualizzano nella storia¹⁵. E sono i principi generali a dire se e come tutta questa fenomenologia dello spirito diventa spirito dell’ordinamento, e con ciò acquista un senso giuridico.

Oggi il sostrato assiologico dell’ordinamento, la scala o tavola di valori che entra a far parte del sistema giuridico, si incentra sulla persona umana che nel diritto “*esprime il suo intrinseco sé*”¹⁶. È compito dei principi rivelare questo “*disegno unitario*” che lega insieme, pur nella dispersione delle leggi, l’esperienza giuridica e che si delinea a cominciare dal testo costituzionale¹⁷.

In ciò, il concetto rivela anche il suo carattere trasversale. Trasversale al diritto che attraversa tutto, senza fermarsi in alcun “angolo” particolare di disciplina. E trasversale all’esperienza giuridica ossia al diritto che è ad un tempo legge, interpretazione, e scienza.

I principi indicano come l’ordinamento è, e come è il diritto in cui quell’ordinamento – con gli uomini che ne fanno parte - si inserisce. Tutto questo ha eguale

¹⁴ Ancora B. BIONDI, v. “Ius,, cit., pag. 376.

¹⁵ “*Il profilo assiologico, quanto quello logico, è connaturale a qualsiasi ordinamento giuridico*”. Cfr. P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, soprattutto pag. 4 e 6 ove si trova la frase citata in questa nota.

¹⁶ L’espressione citata è di S. COTTA, *I principi generali del diritto. Considerazioni filosofiche*, in *I principi generali del diritto, atti dei convegni lincei (Roma 27-29 maggio 1991)*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992, pag. 38.

¹⁷ “*Disegno unitario*” è espressione utilizzata da G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pag. 970.

importanza nel “fare” le norme come nell’applicarle, come nel costruire le nozioni che servono da impalcatura culturale e scientifica a tutte le attività giuridiche¹⁸. Perché il diritto è il risultato di una collaborazione¹⁹.

E nei principi generali il diritto è un *unicum*, un sistema organico che ricompone la sua complessità attorno alle coordinate che ne tracciano la tradizione e lo sviluppo.

2. I principi generali e il diritto dell’economia

Trattare dei principi generali in relazione al diritto dell’economia significa accostare quanto più di inafferrabile esiste nell’esperienza giuridica a quella sfera del diritto che si occupa dell’utilità più concreta dell’esperienza umana.

Spirito e materia verrebbe da dire²⁰.

Ma è solo apparenza, poiché qualsiasi ipotizzabile dicotomia si ricompone nella realtà delle cose.

¹⁸ Sul ruolo della scienza nella creazione e nell’applicazione del diritto, cfr. P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, nuova ed. riv. con i saggi di G. CAPOGRASSI, P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI, P. FEDELE, a cura di G. ASTUTI, Giuffrè, Milano, 1968, in particolare pag. 174; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, *ibidem*, specialmente pag. 203.

¹⁹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Fra «jus» e «regulae»*, in *Giur. it.*, 1994, parte IV, c. 101; F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pag. 291.

²⁰ Per un’indagine del rapporto tra economia e diritto nei termini di materia e spirito cfr. N. CIUSA, *Filosofia dell’economia e filosofia del diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1962, pag. 246-251.

Se i principi vivono nel diritto, è perché al diritto servono. Partecipano di quella complessiva utilità che è nella natura del giuridico nel suo essere determinato da “*esigenze pratiche*”²¹. Che sono le esigenze dell’uomo riunito nell’organizzazione sociale.

Per parte sua, il diritto dell’economia regola un ambito materiale che coinvolge proprio le prime esigenze dell’uomo, quelle connesse alla sopravvivenza. Ma in ciò non resta ancorato alla pura materialità, e si eleva verso il perseguimento di un benessere più grande e complessivo che, soddisfatti i bisogni primari, guarda allo sviluppo della personalità dell’individuo, all’autodeterminazione del singolo nel gruppo di appartenenza, e al progressivo avanzamento della società civile.

Non solo spirito i principi, dunque. Non sola materia l’economia e il “suo” diritto.

E non c’è forse campo migliore della fenomenologia economica in cui i principi possano agire, e rispetto al quale si riveli tanto importante indagarne il concetto.

Per dirlo vi è addirittura una ragione ontica, che investe il modo d’essere dei principi e del diritto dell’economia nell’esperienza giuridica. Entrambi hanno carattere di essenzialità nell’ordinamento. Ciascuno a modo suo. Come i principi esprimono i valori di fondo del sistema giuridico, così il diritto dell’economia involge uno dei momenti essenziali nella vita dell’ordinamento²². E li unisce l’indeterminatezza, cifra distintiva dei principi e non meno

²¹ In proposito cfr. V. E. ORLANDO, *Stato e diritto (Ordinamento giuridico – Regola di diritto – Istituzione)*, in *Diritto pubblico generale, Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954, pag. 223 ove si trova l’espressione citata.

²² “*Il primo litigio dovette nascere ... subito dopo il primo raccolto*”. V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale e diritto pubblico positivo*, in *Diritto pubblico generale*, cit., pag. 116.

del diritto dell'economia. Che è una materia non materia perché il *proprium* del suo oggetto di regolazione – l'economia – è di legarsi alle più diverse discipline.

Il che è particolarmente vero per l'articolazione pubblicistica di questo ramo del diritto, articolazione che è la prospettiva direttamente coinvolta in questo studio sui principi generali.

Il diritto pubblico dell'economia si occupa dell'ordine economico complessivo, delle scelte strutturali, dell'attività economica pubblica. In questa vastità di competenze si intrecciano plurimi interessi e si intersecano un po' tutte le partizioni specialistiche del diritto²³.

Questo fa sì che esso si “muova” con la stessa trasversalità che caratterizza i principi. E questa dinamica comune agevola il loro incontro nell'esperienza giuridica.

Al diritto dell'economia occorre l'attitudine sistematica dei principi, quel loro essere tessuto connettivo del sistema giuridico. In essi può trovare gli strumenti per far fronte alla mutevolezza e all'instabilità dei fenomeni economici e per rimediare alla strutturale inadeguatezza della normativa troppo frammentata e dispersa.

In questo, i principi possono servire a governare il disordine dando una direzione, e che sia una direzione assiologica.

Che poi è l'ispirazione al bene comune in cui l'interesse individuale si realizza nell'interesse generale. “*Una concomitanza*” che assicura la convivenza civile²⁴. Un ordinamento giuridico ispirato ai valori personalistici non

²³ Specie il diritto costituzionale, il diritto amministrativo, il diritto dell'ambiente, il diritto europeo, il diritto societario, il diritto tributario, il diritto del lavoro.

²⁴ Al riguardo, cfr. L. FRANZESE, *Il principio di sussidiarietà tra efficienza economica e bene comune*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2012, *passim* e specialmente pag. 52 da cui è tratta l'espressione citata.

può che dare un orientamento etico alla sua economia. Perché sulle ragioni del mercato, inteso come simbolo del profitto egoistico, hanno da prevalere le ragioni dell'uomo che realizza sé stesso in una comunità – tendenzialmente – pacifica.

Ciò non equivale ad un appiattimento delle potenzialità delle azioni economiche, che possono liberamente dispiegarsi anche quando l'ordine giuridico indirizza la fenomenologia economica verso il “*bene che tutti accomuna*”²⁵.

È in questo modo, anzi, che il diritto riesce a supportare meglio l'economia²⁶. Perché il perseguimento

²⁵ Ancora L. FRANZESE, *Il principio di sussidiarietà tra efficienza economica e bene comune*, cit., pag. 51.

²⁶ Del resto sono proprio gli operatori economici, quando si fanno “*produttori di diritto*”, a darsi regole nelle quali entrano i principi generali e i valori personalistici. In particolare, in mancanza di strumenti giuridici immessi nel circuito globale da una qualche autorità legittimata a imporsi, si applica la *lex mercatoria*, vera e propria “*prassi giuridica*” che vive di forme privatistiche e di regole – i Principi *Unidroit* - enucleate nella pratica commerciale internazionale. Lo specifico di questo assetto è di modulare il funzionamento dei rapporti negoziali all'insegna della ragionevolezza e della proporzionalità, senza automatismi predeterminati. Nei fatti, questa forma di autoregolazione privata si dirige spontaneamente verso la realizzazione di un ordine economico ispirato al *suum cuique tribuere* e dunque assiologicamente orientato. Al riguardo cfr. L. FRANZESE, *Il principio di sussidiarietà tra efficienza economica e bene comune*, cit., pag. 54-55; P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quad. fior.*, 2001, pag. 504-505 da cui sono tratte le espressioni citate in questa nota. A ben vedere, poi, anche la prassi di *gentlemen's agreement* indica l'importanza dei valori nelle pratiche commerciali, oltre che nei rapporti internazionali. Si tratta infatti di un “*impegno morale*” da cui si fa dipendere la regolazione del rapporto. Cfr. G.

dell'interesse di tutti attraverso l'esperienza economica rappresenta la valorizzazione di due momenti fondamentali della “*processualità esistenziale*”²⁷. L'autonomia individuale che consente alle persone di autorealizzarsi e la solidarietà tra gli uomini, che è esigenza implicata dall'essere ciascuno legato agli altri componenti del gruppo sociale. Gruppo che può essere inteso tanto estensivamente da includere l'intera umanità e le generazioni future. E in questo senso l'interdipendenza si fa globale e orientata verso la continuità.

3. Principi generali e dogmi

Non si tratta dei principi generali per costruire il diritto su dogmi. Come se l'esperienza giuridica, e con essa l'esperienza umana, potesse essere assiomatizzata, ridotta al mondo dei concetti indimostrabili perché “certamente” veri.

Si tratta dei principi generali, semmai, per dare all'esperienza giuridica, e con essa all'esperienza umana, un patrimonio di concetti saldi nella tradizione e aperti agli sviluppi della storia.

Principi, dunque, non dogmi.

L'assolutezza dei dogmi è autoreferenzialità e chiusura in sé stessi. L'incompiutezza dei principi è potenziale rinnovamento di sé e del diritto.

CANSACCHI, v. *Gentlemen's agreement*, in *Noviss. dig. it.*, 1961, vol. VII, pag. 796 ove si trova l'espressione citata.

²⁷ Su questi temi cfr. D. PASINI, *Diritto ed economia*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1962, specialmente pag. 264 da cui è tratta l'espressione citata.

Una cultura giuridica che sappia ragionare per principi generali riesce a superare le “rigidità dogmatiche” che immobilizzano il diritto. A cominciare dalla pretesa di esaurire il giuridico nella norma scritta.

*“Non tutto il diritto è nelle leggi ... è molto più nei principi che nelle leggi”*²⁸.

Ad indicare la complessità e insieme la ricchezza del sistema giuridico che va ben oltre la formula scritta. In questa complessità sono i principi, che pertanto hanno da essere studiati e capiti perché possano occupare nel diritto la posizione che meritano e che al diritto stesso conviene riconoscere loro.

Occorre allora indagarne il senso giuridico. Perché è il senso giuridico a rivelare il concetto.

E questa è materia di teoria generale, di filosofia, e di diritto positivo. Di diritto pubblico dell'economia appunto²⁹.

²⁸ F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pag. 292.

²⁹ L'esperienza giuridica e quella economica sono strettamente connesse. Al punto che l'una è “*determinante*” dell'altra. Il diritto dà - o tenta di dare - un ordine all'economia e i bisogni di regolazione economica fanno sì che il sistema giuridico ripensi le sue categorie e magari si innovi. Di fatto, la realtà giuridica è un'utilità economica nella misura in cui riesce a supportare il funzionamento del sistema economico. Che, naturalmente, è cosa diversa dal ridurre il diritto a semplice mezzo dell'economia. Tutto questo è fisiologico e, anzi, virtuoso perché induce l'ordinamento a rispondere con i suoi mezzi alle esigenze di tutela che si profilano nella realtà. Le cose però non stanno sempre così. Nel senso che può accadere, e in effetti accade spesso, che tra diritto ed economia non si instauri uno scambio euritmico di reciproca edificazione e si frapponga invece una qualche cesura, o “rigidità”. Che ciò avvenga è forse in qualche misura inevitabile. Da un lato, infatti, la fenomenologia economica è talmente instabile e mutevole da

Qui si manifesta l'utilità dei principi³⁰.

Che è l'utilità di uno strumento che non si contrappone alla norma, la migliora. E lo fa con la sua logica che è quella di ricondurre a sistema, di stabilire i nessi, di orientare ai valori. Tanto più critico è lo stato della normativa tanto più importante è il ruolo dei principi generali. Non perché il diritto abbia da essere "geometrico", ma perché deve essere certo almeno nei limiti in cui è possibile.

provocare nel diritto positivo un'inadeguatezza quasi endemica. Alla quale l'agire economico talvolta risponde con l'elusione degli istituti giuridici sgraditi. Dall'altro lato, molte delle difficoltà che si riscontrano nella regolazione dipendono dalla mancanza di strumentazione giuridica. E non è detto che nell'adattare vecchie categorie o nel creare istituti *ad hoc* il diritto riesca a riempire i vuoti nel modo più consono alle specificità economiche. Da qui, i vari fenomeni di scadimento della qualità del diritto positivo, e tra questi l'inflazione legislativa. Su questi temi cfr. G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Santi romano*, Cedam, Padova, 1940, vol. I, specialmente pag. 224; GROSSO, *Diritto dell'economia e tecnica legislativa*, in *Il diritto dell'economia*, 1960, pag. 490. F. MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze istituzionali dell'innovazione economica*, Giappichelli, Torino, 2006, pag. 2-3.

³⁰ Il diritto dell'economia ha da regolare una materia in continuo divenire. E ha da confrontarsi con una globalizzazione che non è solo di mercati, ma anche di regole. Nella realtà globalizzata, nel mondo dell'economia senza diritto statale, l'ordine economico è soprattutto un ordine di principi, di valori condivisi e di ricomposizione delle diversità nel comune intento di soddisfare i bisogni di regolazione. E qui lo scambio economico e giuridico diventa anche scambio culturale. Globalizzazione di civiltà. Riconoscere il valore giuridico dei principi, e interiorizzare il ricorso ad essi da parte della cultura giuridica, è anche un modo di adeguarsi, aprirsi, e immergersi in un contesto sempre più ampio senza rinunciare alle proprie peculiarità.

Si guarda dunque ai principi perché il loro affermarsi nell'esperienza giuridica può determinare il passaggio “*dalla legge al diritto*”³¹. E questa è condizione perché il diritto si realizzi come ciò che “*nasce vive opera per gli uomini*”³².

Valorizzare i principi è valorizzare il diritto.

Questa l'impostazione e questo il senso di una ricerca sui principi generali associata al diritto pubblico dell'economia.

³¹ L'espressione citata è di P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico*, cit., pag. 8.

³² “*La norma giuridica ... nasce vive opera per gli uomini*” come scrive G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Jovene, Napoli, ristampa 1990, pag. 256.

Capitolo II

La dimensione giuridica

1. I principi generali nella definizione di diritto

All'estremo, la questione del cosa i principi siano si riduce alla questione della loro appartenenza o non appartenenza al diritto.

Va da sé che stabilire se i principi generali appartengano o meno al diritto dipende dalla nozione di diritto che si assume. E l'impossibilità di individuare una definizione certa e universale di diritto influisce sulla difficoltà di fissare un concetto unico di principi generali.

Per il senso comune è abbastanza chiaro cosa sia il diritto³³.

Il diritto è percepito, infatti, come l'insieme delle regole che governano la società civile e la cui inosservanza genera determinate conseguenze. Che poi il *quisque de populo* possa avvertire un senso di disorientamento dovuto alla scarsa intelligibilità delle regole del diritto e

³³ Il richiamo al senso comune nella ricostruzione del concetto di diritto è presente anche in M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS, Pisa, 2010.

dell'applicazione che ne viene data è un'altra cosa e non elimina il fatto che alla generalità dei non giuristi la nozione di diritto si palesa con una certa univocità.

Ovviamente tale nozione di senso comune che riduce il diritto ad un insieme di regole di convivenza civile costituisce il nucleo di qualsiasi teorizzazione scientifica, dato che coglie elementi essenziali che non sono contestati ma anzi compaiono come costanti nelle diverse opinioni dottrinali. Ma si tratta pur sempre di una definizione minima che non riesce a catturare nelle sue maglie tutta la complessità del diritto. Pertanto essa non soddisfa la tensione alla esaustività definitoria che comprensibilmente caratterizza il lavoro di tanti teorici.

Talché, per i giuristi il diritto appare fondamentalmente “*sconosciuto*”³⁴. Tanto è vero che la scienza giuridica non ne ha dato una definizione unitaria.

A considerare la perenne inafferrabilità della nozione – che dal “diritto” si trasmette alle principali categorie concettuali che ad esso si ricollegano a cominciare dalla “norma” fino ad arrivare ai “principi” – forse non è azzardato vedere in essa un connotato dell'essenza del fenomeno giuridico³⁵.

Questa, che può sembrare una stranezza o per lo meno un'opinione disinvolta, ha in realtà una spiegazione logica in grado di fornirle una certa dignità: la sfuggevolezza del diritto forma un tutt'uno con l'elasticità ad esso connaturata e da cui dipende l'utilità concreta dello stesso.

³⁴S. SATTA, *Il diritto, questo sconosciuto*, in *Foro it.*, 1955, v. LXXVIII, parte IV, c. 1-7.

³⁵Secondo Bobbio, invece, non può parlarsi di “*inafferrabilità dell'essenza del diritto*” e la “*varietà delle definizioni*” dipende “*dalla posizione del ricercatore dinanzi all'oggetto della sua ricerca*”. Cfr. N. BOBBIO, v. *Diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, 1960, pag. 770.

Il diritto deve essere duttile per adattarsi a svolgere il suo compito principale che è quello di permettere la convivenza tra gli uomini. Per questo, identificarlo in un concetto fisso e univoco, tale da stabilirne gli elementi costitutivi, è probabilmente impossibile e senz'altro controproducente.

Probabilmente impossibile perché enucleare una definizione richiederebbe di individuare gli elementi costitutivi del diritto. E siccome il diritto appartiene al mondo delle idee più che a quello di natura, siffatta operazione finirebbe per essere condizionata dalla particolare idea di diritto, e quindi in sostanza dalle opinioni, di chi la compie anziché da criteri universalmente accettati e dimostrabili. Del resto, questo è quanto si è verificato finora, visto che la scienza giuridica ha prodotto molteplici definizioni tutte egualmente degne e nessuna veramente in grado di imporsi sulle altre.

Nel contempo, si cennava, un intervento definitorio sarebbe anche controproducente dal momento che finirebbe per cristallizzare una certa fisionomia di diritto senza tener conto del fatto che esso è un prodotto dell'intelletto che serve a dare risposta alle più elementari esigenze della convivenza così come alle più raffinate speculazioni sul senso di giustizia.

Certo, può apparire singolare dare questa immagine elastica del diritto quando esso nell'esperienza concreta e quotidiana, che è parte della vita di chiunque, finisce inesorabilmente per associarsi a una serie di cose come doveri, sanzioni, responsabilità, leggi, giudici, sentenze. Tutti elementi che di elastico sembrano avere ben poco ed evocano qualcosa di dissonante rispetto a qualsiasi idea di duttilità che si possa avere.

Tuttavia, e qui sta il punto, il diritto è molto più di questo ed è senz'altro tante cose insieme.

Esso si presenta come un prodotto di civiltà³⁶. O comunque come un aspetto indispensabile alla sopravvivenza della società.

Che lo si esprima nei termini classici del tradizionale *ubi societas ibi jus* oppure attraverso l'articolazione della teoria istituzionalistica di Santi Romano, il modo di pensare il diritto e al diritto non può rimanere indifferente al rapporto in cui il diritto stesso si pone rispetto alla società³⁷. Cosa che ha poco a che fare con le ideologie e riguarda piuttosto la realtà dei fatti. Il diritto è funzionale alla società, e la società è indispensabile al diritto perché questo in mancanza di un corpo sociale da assistere e, in certa misura da dirigere (“*directus*”), resta un'astrazione intellettuale incapace di tradursi in esperienza.

Non può dirsi se l'antico adagio rifletta un bisogno effettivamente irrinunciabile per qualunque collettività, e se dunque a qualunque società serva il diritto.

³⁶Cfr. P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, Bulzoni, Roma, 1968, pag. 5.

³⁷La relazione tra diritto e società ha formato oggetto di moltissime trattazioni. Tra gli studi più riusciti cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, nuova ed. riv. con i saggi di G. CAPOGRASSI, P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI, P. FEDELE, a cura di G. ASTUTI, Giuffrè, Milano, 1968, specie pag. 103 e ss.; F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, soprattutto pag. 282; G. DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto*, in *Riv. internaz. filos. dir.*, 1929, in particolare pag. 19 e ss.; F. M. DE SANCTIS, *Dall'assolutismo alla democrazia, Note in tema di sovranità e principî*, in *Soggetto e principi generali del diritto*, Atti del XV Congresso Nazionale della Soc. it. filos. giur. e polit., a cura di M. BASCIU, Giuffrè, Milano, 1987, pagg. 127-152; V. E. ORLANDO, *Stato e diritto*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1926 e in *Diritto pubblico generale, Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954, pagg. 223-273.

Però, laddove non arrivano le abilità di speculazione, soccorrono gli insegnamenti della storia recente. E quel che è certo è che la restituzione del “senso” del diritto fu una delle urgenze più incessanti che si rese necessario affrontare all’indomani della seconda guerra mondiale. Al punto che se non si fosse posto termine a quella mancanza di diritto sarebbe stata impensabile la ricostruzione *post bellica*.

Il primo passo, il più importante, fu quello di stabilire un nuovo patto sociale e per farlo si scelse di guardare la realtà come si presentava. Solo così, con la presa di coscienza di quel che era avvenuto e di quel che stava accadendo, sarebbe stato possibile – e fu possibile – trovare le basi di un nuovo corso. Ebbene, di fronte al crollo dello stato hegeliano e alla mancanza di modelli culturali alternativi, si decise di farsi guidare dall’unico valore che non avrebbe potuto essere messo in discussione: la persona umana. Talché, alla fine il vuoto del diritto è stato superato assumendo la persona come punto di riferimento di qualsiasi scelta giuridica, a partire da quelle fondamentali.

Tutto ciò è ben visibile nella Costituzione, in forza della quale lo Stato in modo esplicito riconosce – non attribuisce – i diritti inviolabili della persona umana e così, implicitamente, dà atto dell’antiorità dell’uomo rispetto alle istituzioni e a qualsiasi forma di potere. Nel contempo, lo sguardo verso l’uomo si apre in una prospettiva olistica e concreta che riesca a cogliere tanto l’individuo singolo quanto il membro di un gruppo sociale, e a calarsi nella realtà storica della persona. La scelta di campo è palese e con essa la presa di distanza dalle visioni parziali che o considerano l’individuo in una dimensione astratta del tutto slegata dai problemi reali, oppure esauriscono il

valore della persona nella sua appartenenza alla collettività.

Poiché tale è la linea espressa al vertice del sistema delle fonti del diritto, la logica conseguenza è che nel nuovo ordine costituzionale l'esperienza giuridica complessivamente intesa ha valore solo se e nella misura in cui si conformi a questa impostazione.

Ecco che se ancora questo non basta a dire cosa sia il diritto almeno giustifica il voler vedere in esso uno strumento utile alla persona.

In più, a considerare i termini in cui si è materialmente svolta l'opera costituente, risulta chiaro che il processo di ripristino del diritto all'interno dello stato non si è attuato solo nella redazione di una serie di regole.

Nel dare le regole si è dovuto altresì considerare la realtà dei fatti da regolare e i valori da realizzare. E se fatti e valori sono stati indispensabili a restituire il diritto sia come idea sia come "bene", gli stessi dovrebbero conservare un ruolo essenziale anche per mantenerlo in vita.

Per questo, qualunque cosa il diritto sia, ciò di cui si compone non sono solo le parole che esprimono la regola, ma anche gli elementi fattuali che a quella regola soggiacciono e i valori che in quella regola si realizzano.

Poi, una volta entrati fatti e valori nel mondo del diritto, diventa consequenziale estendere la giuridicità – e quindi le proprietà del diritto - a qualcosa che vada oltre la produzione normativa. Così, insieme ai precetti a diventare giuridico è molto altro, come la cultura, la scienza, l'attività interpretativa che, ciascuna per parte sua, contribuiscono alla vita del diritto.

Sennonché, il difficile è stabilire che tipo di effetti abbiano in concreto i diversi elementi che a vario titolo possono dirsi giuridici.

E questa è precisamente la questione che tocca i principi generali, ai quali si usa pensare come a coloro che stanno *sospesi* tra l'astrattezza e la prescrittività.

Per tradizione, la cittadinanza giuridica dei principi generali è fatta dipendere dalla possibilità o meno di identificare gli stessi in norme giuridiche. Naturalmente, l'ascrivibilità alla dimensione giuridica e l'equiparazione alle norme involgono aspetti che coincidono solo parzialmente.

Tuttavia, la tendenziale associazione tra i due profili ha una spiegazione logica.

Il diritto, nella sua accezione più elementare e meno controversa, per quanto parziale, si identifica in un insieme di norme.

Detto questo, almeno per esigenze di semplificazione, la norma viene a costituire un'unità in cui risulta utile scomporre quel sistema composito che è il diritto. Pertanto, nelle speculazioni teoriche essa viene utilizzata come un elemento fondamentale, una sorta di particella minima in cui suddividere la materia. Proprio come avviene in altri campi del sapere, specie nelle discipline matematiche o nelle scienze naturali. Che poi la norma giuridica non sia precisamente definita poco importa, visto che anche le scienze esatte impiegano concetti che sfuggono ad una definizione precisa e che, nonostante questo, sono pienamente funzionali a spiegare fenomeni naturali o a erigere complessi teoremi.

Talché, per stabilire se i principi generali siano parte del diritto pare inevitabile, se non altro come metodo di lavoro, indagare se essi siano norme.

2. I principi generali e le norme giuridiche

La posizione dei principi rispetto al diritto si può dunque delineare attraverso le norme. Ma ciò richiede di definire prima come le norme si pongano rispetto al diritto.

Ebbene, come si anticipava sopra, secondo alcune teorie il diritto è un sistema normativo, ove per tale si intende un insieme di norme giuridiche³⁸. Anzi, può ben dirsi che questa sia o almeno sembri essere la visione più diffusa del modo di concepire il diritto.

A guardare bene, però, quella che sembra un'impostazione uniforme e, se si vuole, orientata ad una certa semplificazione risulta tutt'altro che semplicistica in quanto si arricchisce di una miriade di sfaccettature che rendono impossibile appiattirla acriticamente. In definitiva, si può dire che il diritto è un insieme di norme in tanti modi diversi.

E di sicuro la miglior dottrina che ha ritenuto di declinare il diritto nei termini di un sistema di norme, ha fatto ciò senza disconoscere la complessità del fenomeno giuridico e, soprattutto, senza ridurlo a un insieme di enunciati prescrittivi.

Per avere prova di questo è sufficiente considerare cosa in concreto possa farsi convergere sotto l'etichetta di normativismo.

Così, è possibile riconoscere ad un tempo e senza alcuna contraddizione la struttura normativa del diritto e “*la natura del diritto come valore*”³⁹. Ciò, in una prospettiva,

³⁸In questi termini lo definisce, tra gli altri, Lopez de Oñate. Cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit.

³⁹F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., *passim* la citazione è tratta da pag. 101.

per così dire, umanocentrica in cui si guarda alla certezza del diritto come a una garanzia di sicurezza della società nel suo insieme e di ogni singolo individuo.

Come pure è possibile sostenere che il diritto sia composto “esclusivamente” di norme, e sviluppare questa tesi con una netta presa di distanza da qualsiasi formalismo⁴⁰. Talché, tutto ciò che è diritto viene declinato in norma e ogni atto giuridico viene concepito come fonte di norme. Fino ad individuare una sostanziale convergenza tra legge, provvedimento amministrativo, e contratto quali contenitori di norme giuridiche. E ciò in aperta critica a qualsiasi posizione concettuale incline a riservare la qualità di norma giuridica solo agli enunciati espressi negli atti legislativi veri e propri.

O ancora, l’accezione imperativistica della tesi normativa e quindi l’idea che l’essenza del diritto stia nel comando si è coniugata con la negazione del positivismo giuridico e degli indirizzi più rigoristi in cui il medesimo è stato declinato⁴¹.

Insomma, la corrente normativistica si articola in diverse posizioni e aderire ad essa non significa necessariamente abbracciare una visione del diritto chiusa entro la limitatezza del diritto positivo inteso in senso rigidamente formalistico come l’insieme delle norme giuridiche trasposte in legge.

⁴⁰G. BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, f. 4, specie pagg. 812-813.

⁴¹Indicazioni esemplari in proposito sono offerte da F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Soc. Ed. del foro Italiano, Roma, 1940, specie pag. 147 ove si identifica la giuridicità nel comando, nonché pag. 95 e pag. 169 sulle definizioni di ordinamento giuridico e di diritto; IDEM, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pagg. 281-300.

Quel che conta, poi, è che le diverse accezioni della corrente normativistica riflettono il diverso modo di concepire la norma giuridica. Cosa che naturalmente contribuisce alla varietà delle opinioni dal momento che dire cosa sia la norma è impresa piuttosto difficile⁴².

E, ad oggi, sul concetto di norma giuridica si sono raggiunti ben pochi punti fermi.

Tutt'al più, può ravvisarsi un certo accordo sull'inesistenza di "*un concetto di norma che possa dirsi vero*"⁴³.

Il che costituisce mirabile sintesi di due dati di fatto.

Da un lato, alla categoria concettuale "norma giuridica" non corrisponde una definizione unica e condivisa dalla generalità della scienza giuridica.

Dall'altro lato, nella realtà del diritto si riscontrano norme di diverso tipo e, pertanto, qualsiasi concettualizzazione finisce per essere riduttiva se congegnata su uno o più modelli anziché sull'intera gamma degli schemi normativi che prendono forma all'interno dell'ordinamento.

Oltretutto, che vi siano diversi tipi di norme è necessario alla funzionalità dell'ordinamento stesso, e addirittura alla sua sopravvivenza.

In proposito, l'argomento più convincente che si possa addurre è offerto da una semplice constatazione.

Se si considera la struttura elementare della norma come regola di condotta, risulta inimmaginabile scomporre l'ordinamento giuridico in un insieme di regole di un solo tipo. Altrimenti, si dovrebbe ammettere che esso possa

⁴²Cfr. C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Estratto dagli Annali dell'Università di Camerino, Sezione giuridica, vol. IV, 1930, pag. 10 ove si afferma che "*non è facile dire che cosa si debba intendere per norma*".

⁴³La frase è tratta da G. GAVAZZI, *Studi di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pag. 297.

articolarsi, per esemplificare, solo in divieti oppure solo in permessi⁴⁴.

E questo ragionamento non pare indebolirsi a causa dell'instabilità delle posizioni teoriche sul concetto di norma.

Che esso derivi da una certa approssimazione è indiscutibile, se non altro perché dà per acquisiti determinati elementi nonostante l'incertezza in cui versa la scienza giuridica. Però, si tratta pur sempre di aspetti che godono di ampio riconoscimento in dottrina, seppure in diverso grado e con diverse sfumature tra un'impostazione e l'altra.

Tanto per cominciare, allo stato delle conoscenze, parrebbe davvero arduo formulare una seria obiezione alla validità dell'assunto secondo cui l'essenza della norma consiste nel prescrivere un comportamento o, per meglio dire, nel dirigere le azioni⁴⁵. Tale è il significato minimo che ricorre come presupposto nelle diverse teorie e ha fondamento nell'etimologia della parola "norma".

Non meno solido, poi, è l'altro termine del ragionamento appena svolto sulla pluralità dei tipi di norme come condizione necessaria all'ordinamento. Infatti, siccome tra le possibili classificazioni delle *species* di norma giuridica il più largo seguito è riconosciuto a quelle incentrate sui cd. modi deontici (obbligo, divieto, facoltà, permesso), ne deriva che assumere doveri e permessi in guisa di figure

⁴⁴Sul punto cfr. N. BOBBIO, v. *Norma giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, 1965, vol. XI, pag. 332 ove si osserva che "*non esiste nessun ordinamento giuridico che sia soltanto permissivo ... così non esiste nessun ordinamento giuridico che sia soltanto imperativo*".

⁴⁵ Cfr. N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, specie testo e note a pag. 331.

paradigmatiche del concetto di norma giuridica equivale né più né meno ad attenersi ai risultati di autorevoli studi⁴⁶. A proposito della norma giuridica, dunque, si può dire che non è stato individuato un concetto preciso e che non esiste “la” norma giuridica per eccellenza⁴⁷.

Qualunque discorso che abbia un qualche riferimento alla norma giuridica deve tener conto di questa ineluttabile premessa.

D'altra parte, v'è da riconoscere che l'impossibilità di definire cosa sia la norma non ha impedito alla scienza giuridica di acquisire un certo livello di sicurezza, o per lo meno di stabilità, sul discrimine esistente tra la norma e altre categorie del diritto o, per meglio dire, altre parti del linguaggio giuridico.

⁴⁶ Invero, in dottrina si segnala che la qualifica di norma giuridica non dipende dalla natura prescrittiva di un enunciato, talché possono aversi anche norme giuridiche che non pongono regole di condotta e non “qualificano deonticamente un comportamento”. Un esempio sono le norme che configurano *status*. Tuttavia, ciò nulla toglie al fatto che si tratta di eccezioni nel più vasto campionario di norme prescrittive. Cfr. R. GUASTINI, *Norma*, in *Glossario, Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 300.

⁴⁷ Che non esista “la” norma giuridica è detto anche da G. GAVAZZI, *op. ult. cit.*, pagg. 296-297, per sottolineare che “la” norma non è qualcosa di tangibile a cui si possa “*pensare ... come fosse un fatto descrivibile, quasi si trattasse di una res alla quale il concetto deve adeguarsi*”. Evidentemente in queste parole si esprime soprattutto l'idea che la norma sia un'entità immateriale. Mentre, qui sopra nel testo si intende formulare un concetto leggermente diverso, anche se pur sempre connesso alla circostanza che la norma non è un elemento corporeo ma semmai un prodotto dell'intelletto. In particolare, si vuole posare l'accento sulla mancanza di un tipo solo e “puro” di norma giuridica. Aspetti che sono affrontati anche in G. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1984, specialmente cap. II e III.

Così, nessuno dubita oggi che la norma giuridica sia altro dalla disposizione⁴⁸.

Invero, ai “non addetti ai lavori” deve apparire davvero poco comprensibile non soltanto la distinzione stessa ma anche la sola necessità di concepirla.

Eppure, nell’attività di un giurista risulta fondamentale conoscere la differenza esistente tra il significato del precetto normativo e la formulazione che ne viene data in una fonte del diritto⁴⁹.

E sul piano dei principi generali questa differenza ha effettivo rilievo pratico, se non altro perché da essa traspare che qualsiasi norma giuridica possiede un che di teorico.

⁴⁸All’interno della copiosa bibliografia sul tema si segnala: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984, vol. II, pag. 39 e ss.; A. PIZZORUSSO, *Fra «jus» e «regulae»*, in *Giur. It.*, 1994, parte IV, cc. 97-101; R. GUASTINI, *Norma*, cit., pag. 295-306.

⁴⁹Per quanto superfluo, si precisa che la rilevanza della distinzione non si avverte solo a fini teorici e classificatori, ma anche nella vera e propria pratica del diritto. Un esempio eclatante, tra i diversi che si possono fare, riguarda l’impugnativa di costituzionalità delle leggi e degli atti ad esse equiparabili. Non è di poco momento sapere se l’oggetto del giudizio sia costituito solamente dall’enunciato linguistico impugnato ossia, in via di estrema semplificazione, il testo dell’articolo di legge oppure investa anche le norme che sono desumibili da essa. Come noto, nonostante il riferimento letterale che la disciplina in materia compie alle “*disposizioni*” nell’individuare l’oggetto del giudizio di costituzionalità (specie artt. 23 e 27, l. 11 marzo 1953, n. 87), secondo la giurisprudenza della Consulta è pacifico che l’impugnativa investa tanto le disposizioni quanto le norme da esse desumibili.

In particolare, in tale differenza v'è la prova che la norma in sé non è identificabile in un testo e prende forma solo in seguito ad un'opera di interpretazione.

La norma non è la proposizione formulata materialmente nell'articolo di legge o di regolamento, ossia quell'insieme di parole che sono scritte nell'atto normativo, ma il contenuto estrapolato dallo scritto attraverso un'attività intellettuale – appunto interpretativa – effettuata sulle parole del testo e, inevitabilmente, su qualcosa d'altro che potrà essere lo “spirito” della legge, la coerenza interna dell'ordinamento, la logica dei rapporti sociali, e quant'altro entra nell'esegesi dei testi giuridici.

Disposizioni e norme, insomma, si pongono come enunciati del linguaggio giuridico, ma in senso diverso.

La disposizione è un enunciato del linguaggio delle fonti e quindi appartiene al linguaggio di chi esercita il potere normativo e ha assunto quel dato atto giuridico in cui quella data disposizione si trova inserita.

La norma, invece, appartiene al linguaggio dell'interprete e quindi non è la regola “posta” dall'autorità bensì il significato in cui quella regola viene intesa⁵⁰.

Se è così, non si può edificare una contrapposizione tra principi generali e norme giuridiche sul fondamento della natura solo teorica degli uni in contrapposizione alla pretesa “concretezza” che alle altre deriverebbe dal manifestarsi nelle parole che compongono un testo.

Nella loro essenza le norme sono costruzioni concettuali né più né meno dei principi. Non a caso, infatti, si dice che le norme sono entità separate dal testo, e “*stanno fuori*” dall'atto giuridico che le pone⁵¹.

⁵⁰Cfr. R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, pag. 296.

⁵¹V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pag. 41.

Orbene, poiché le norme non si identificano nelle formule scritte è fallace predicarne la certezza come qualità intrinseca che deriverebbe loro dalla pretesa corrispondenza con ben precisi enunciati testuali e su tale elemento impostare il confronto tra le stesse e i principi generali.

Questa considerazione valida per tutte le norme giuridiche acquista poi maggior rilevanza ove si ponga mente al fatto che nella vita del diritto esistono veri e propri fenomeni di “dissociazione” delle norme dalle disposizioni⁵².

Senza alcuna pretesa di esaustività vi sono almeno due ordini di situazioni cui far cenno: nell’una si riconoscono norme senza disposizione, nell’altra si riconoscono più norme per una sola disposizione.

Il primo caso paradigmatico è quello delle norme implicite o inesprese che sono tali in quanto non possono essere ricavate “*da alcuna specifica disposizione o combinazione di disposizioni reperibile nelle fonti*”⁵³.

Posto che quella appena indicata è la definizione correntemente accolta in dottrina, sembra però accettabile intendere la categoria in senso più esteso. E farvi rientrare in linea di massima qualsiasi norma che non risulti testualmente tradotta in qualche disposizione. Così intese, queste norme non differiscono nella sostanza dai cd. principi generali inespressi i quali, per l’appunto, non sono formulati in alcuna disposizione. Non sarebbe esatto, tuttavia, esaurire l’intera tipologia delle norme inesprese nei principi generali considerato che nell’ordinamento

⁵²Cfr. R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, specialmente pag. 296-299 ove si tratta della non “*corrispondenza biunivoca*” tra norme e disposizioni e nell’illustrarne le ragioni si rileva la “dissociazione” che si verifica quando una disposizione si presta ad interpretazioni diverse.

⁵³R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, pag. 298.

giuridico vivono diverse norme implicite che senz'altro non sono principi.

Una di queste è la regola processuale che preclude il deposito di repliche che non siano precedute da memorie avversarie.

Nessuna disposizione del codice di rito civile o amministrativo formula siffatto divieto, eppure esso opera concretamente e si correla alla sanzione di inammissibilità per gli atti che siano introdotti in sua violazione⁵⁴.

Del pari inespressa è la norma che fa eccezione alla regola nominalistica che il codice civile enuncia in materia di adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

In nessun testo giuridico sta scritto o si può ricavare che in determinati casi i pagamenti in denaro debbano essere eseguiti con rivalutazione monetaria della somma dovuta, eppure questo è quanto viene costantemente imposto allorquando l'oggetto della prestazione sia un "valore" da liquidare e non semplicemente un importo già determinato⁵⁵.

⁵⁴In modo del tutto analogo tra loro i codici del processo civile e di quello amministrativo regolano la presentazione di memorie e di repliche limitandosi a stabilire i rispettivi termini di deposito. Nulla, invece, è specificato in ordine alla consequenzialità dei reciproci atti tra le parti. Ciò è quanto emerge testualmente dalle disposizioni contenute nell'art. 190 c.p.c. relativo allo scambio di comparse conclusionali e di memorie di replica nel rito ordinario di cognizione, come pure dalle disposizioni contenute nell'art. 73 c.p.a. sulle memorie e sulle repliche ammesse in vista dell'udienza di discussione nel processo amministrativo. Dato il tenore delle disposizioni codicistiche non si può che qualificare come inespressa la norma applicata nelle aule di giustizia.

⁵⁵ Tutto questo per dire che la distinzione tra debiti di valuta e debiti di valore non ha base su alcuna disposizione. Ciò nondimeno si tratta di una delle regole fondamentali in materia di obbligazioni pecuniarie.

La rilevanza di questa norma implicita è enorme dato che copre sfere di interessi disparate applicandosi a fattispecie diffusissime nella pratica degli affari come nei rapporti quotidiani più semplici. Il pensiero corre necessariamente alle posizioni di debito-credito risarcitorio, che costituiscono forse la situazione più rappresentativa dei casi in cui è preteso che il *quantum* da corrispondere sia commisurato alle variazioni del potere d'acquisto.

Ma, come si diceva, non è soltanto rispetto alle norme inespresse che si rende poco sostenibile la contrapposizione concettuale tra le norme giuridiche e i principi generali. In particolare, per continuare nella esemplificazione dei fenomeni che sembrano neutralizzare le distanze tra le due categorie, si deve passare alle norme che originano da disposizioni suscettibili di interpretazioni diverse e tra loro confliggenti.

Emblematico è il testo dell'art. 59, comma 2, Cost. relativo al potere presidenziale di nomina dei senatori a vita⁵⁶.

Seppure la scelta di citare questo esempio non sia originale, essa risulta giustificata da diverse ragioni, le quali convergono tutte a dimostrare che la scaturigine di più norme non compatibili per una stessa disposizione è evento niente affatto marginale nell'esperienza giuridica.

Tanto per cominciare, il rango – costituzionale – dell'atto normativo nella gerarchia delle fonti denota che questo tipo di dissociazione tra norme e disposizioni può configurarsi anche in rapporto alla legislazione di massimo grado nell'ordinamento.

Poi, l'importanza istituzionale della materia regolata, che involge i poteri presidenziali e la presenza di senatori a vita in Parlamento, fornisce ulteriore prova del fatto che

⁵⁶Il riferimento a questa disposizione è in R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, pag. 297.

l'esistenza di norme prodotte da interpretazioni diverse di un'unica proposizione giuridica è ben visibile anche in sfere estremamente rilevanti nel funzionamento delle istituzioni.

Per finire, l'esempio in discorso dà la misura del risvolto pratico che il fenomeno può assumere. In effetti, l'enunciato costituzionale è stato inteso come prescrizione impositiva ora del numero massimo complessivo dei senatori a vita che possono sedere contemporaneamente in Parlamento, ora del numero massimo dei senatori a vita che possono essere nominati nel corso dello stesso mandato presidenziale. Questo significa che nella vita concreta del diritto le molteplici interpretazioni di una disposizione possono originare prassi opposte.

Quindi, che tra norme e principi generali corra una differenza sostanziale – di natura – trova smentita nei fatti. Soprattutto, visto che si tratta di categorie ricavabili, o se si vuole “prodotte”, attraverso lo stesso tipo di attività intellettuale, non v'è motivo di vedere nella norma il dato certo e nel principio un elemento vago.

Resta da dire, tuttavia, che sebbene la differenza tra disposizione – la proposizione testuale – e norma – l'interpretazione di essa – deponga a favore dell'assimilazione ontologica tra principi generali e norme, non pare che la stessa sia stata valorizzata più di tanto nell'ambito della tesi normativa. E il confronto tra la norma e i principi si è sviluppato soprattutto sul terreno dei caratteri di volta in volta ritenuti essenziali al precetto giuridico.

3. La tesi normativa

Per indagare la natura normativa dei principi generali occorre indulgere ad una certa semplificazione sulla nozione stessa di norma.

Bisogna, in altre parole, assumere un dato concetto di norma – che poi è quello correntemente accolto dalla dogmatica giuridica – benché esso fornisca soltanto una definizione approssimativa. D'altronde, questa è una scelta necessitata dall'esigenza di focalizzare la ricerca sui principi generali senza le dispersioni cui si addiverrebbe se si tenessero in considerazione le diverse concezioni di norma giuridica elaborate in dottrina.

In concreto, dunque, le speculazioni sui principi generali per quanto diverse tra loro si sono sviluppate attorno ad un dato costante, o per lo meno comune, che coincide con il modo più diffuso di pensare alla norma giuridica.

Così, assunta la norma giuridica come enunciato prescrittivo di una regola di condotta, l'indagine sulla natura normativa dei principi generali si risolve in un'analisi sulla possibilità di declinare gli stessi in quella specifica accezione facendone, quindi, prescrizioni di regole di condotta.

Chiariti quali sono i termini in cui si utilizza la norma negli studi sui principi generali, le premesse logiche che sorreggono la tesi normativa e, che in definitiva, fanno propendere per l'assimilazione dei principi alle norme sono fondamentalmente riconducibili a due profili⁵⁷.

⁵⁷Si tratta di aspetti che sono stati efficacemente posti in evidenza da N. BOBBIO, v. *Principi generali di diritto*, in *Noviss. dig. It.*, Utet, Torino, 1968, vol. XIII, pag. 887 e ss., specie pag. 890.

Il primo concerne il metodo di individuazione dei principi generali. Per l'esattezza, alcuni principi generali – quelli cd. espressi - sono formulati in enunciati normativi, altri – i principi generali cd. inespressi - sono ottenuti da enunciati normativi tramite un procedimento di generalizzazione.

V'è da dire che la stessa distinzione tra principi espressi e principi inespressi non può costruirsi su una netta linea di demarcazione e richiede, per essere utilmente impiegata a fini classificatori, qualche indicazione preliminare che chiarisca come vada intesa.

Di primo acchito potrebbe anche sembrare pedante soffermarsi sui criteri in base ai quali si dice che qualcosa è esplicito o meno. Sembra intuitivo: ciò che è esplicito risulta espresso ossia manifestato in modo palese. Senonché, quella che appare come un'ovvietà non è per nulla tale, ed è ben possibile che la capacità espressiva di un enunciato normativo si presti a valutazioni differenti. Una eventuale discrasia di opinioni in tal caso non deriverebbe da giudizi arbitrari ma da un diverso modo di vedere.

Così, per esemplificare, il *neminem laedere* risulta abitualmente inserito tra i principi espressi ma gli si può anche dare una collocazione opposta⁵⁸.

Nella presente trattazione si opta per un'interpretazione restrittiva del significato di esplicito riservando tale attribuzione solo ai principi indicati con un'apposita enunciazione che li renda immediatamente percepibili come tali.

⁵⁸È annoverato tra i principi espressi da R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Glossario*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 343.

Una cosa, infatti, è tradurre un principio in enunciato che, oltre a conferirgli veste positiva mediante il riconoscimento espresso in un testo giuridico, gli dia una precisa denominazione. Cosa diversa è formulare una o più disposizioni che siano ispirate a un certo principio.

Data la premessa, poiché nessuna disposizione esprime il *neminem laedere* in guisa di principio generale giocoforza gli si dovrebbe attribuire carattere implicito⁵⁹.

Ebbene, sono poche le disposizioni che pongono esplicitamente principi generali nel senso qui rilevante⁶⁰.

Oltretutto, in mancanza di una definizione certa di cosa si intenda esattamente per principi generali, risulta anche difficile qualificare come principio generale la regola enunciata in una data disposizione.

Sembra comunque plausibile far rientrare nella categoria le disposizioni costituzionali che stabiliscono i cosiddetti

⁵⁹Infatti, l'art. 2043 c.c. che rappresenta il principale riferimento testuale al principio *de quo* non lo "nomina" né con la formula latina né con altre espressioni equivalenti. Quella disposizione, quindi, non pone il principio ma regola gli effetti giuridici che esso produce in certe situazioni e che vanno sotto il nome di responsabilità aquiliana. Di conseguenza, dire che il *neminem laedere* è esplicitato nell'art. 2043 c.c. porta a confondere il principio di diritto con le implicazioni pratiche che l'ordinamento gli ricollega. E questo, oltretutto, è riduttivo della portata del principio stesso che così finisce per identificarsi nella responsabilità aquiliana che ne rappresenta soltanto un istituto applicativo. Per queste ragioni sembrerebbe più esatto indicare nell'art. 2043 c.c. una disposizione da cui si desume il principio.

⁶⁰Naturalmente, nel testo rileva un concetto di principi generali diverso e più ampio rispetto a quello di principi generali di una materia o di indirizzo dell'esercizio della delega legislativa. Questi sono tutti principi generali espressi che però hanno portata limitata rispetto a quelli di cui si sta trattando.

principi supremi su cui si fonda il patto sociale che regge la stessa Costituzione⁶¹.

In aggiunta a questi, un altro esempio di formulazione espressa riguarda la libertà di iniziativa economica. Che gode, tra l'altro, di un riconoscimento almeno duplice, dal momento che l'originaria enunciazione dell'art. 41 Cost. è

⁶¹Come noto, per tali si intendono la sovranità popolare, i diritti inviolabili della persona, i principi di uguaglianza e di libertà, l'unità e l'indivisibilità dello Stato, la forma repubblicana. Tutti limiti impliciti o espliciti alla revisione costituzionale. È stata la giurisprudenza costituzionale, unitamente alla dottrina, a coniare la categoria per farvi rientrare quei fondamentali principi che “*appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana*” (Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146). Sul punto cfr. P. CARETTI – U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 188-189; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Art. 1-9*, in *Commentario del codice civile SCIALOJA-BRANCA*, a cura di F. GALGANO, Zanichelli, Bologna, 2011, pagg. 679-681. Non può dirsi che vi siano opinioni unanimi circa l'ascrivibilità di questi principi al novero dei principi generali. Si usa infatti considerare i principi supremi come componenti di una categoria a parte e sovraordinata rispetto a qualsiasi altra, dal momento che dalla loro effettività dipende la sopravvivenza dell'ordinamento costituzionale. Ciò nondimeno, nel testo si privilegia una diversa opzione e si ritiene preferibile ricondurre i citati principi supremi alla categoria dei principi generali visto che non sembra sussistere ragione che valga a differenziarli sul piano ontologico. Semmai, essi rappresentano principi generali *sui generis* in quanto, per garantire la tenuta dell'odierno assetto costituzionale, le disposizioni che li pongono o da cui si desumono non possono formare oggetto di revisione costituzionale. Sarebbe però erroneo considerarli per ciò solo immutabili. Al pari degli altri principi generali anche i principi supremi sono suscettibili di assumere contenuti nuovi in rapporto all'evolvere della società. Emblematico, e forse un po' scontato, è il riferimento al principio di uguaglianza che nel corso del tempo ha acquisito un significato e una portata sempre più ampi.

stata trasposta anche nello Statuto delle imprese di cui alla l. 11 novembre 2011, n. 180. E il dato interessante non riguarda tanto la scelta di formulare il principio in una disposizione di legge ordinaria, che viene ad aggiungersi a quella costituzionale, bensì di corredare la nuova e ulteriore formulazione con l'esplicita qualifica di principio dell'ordinamento giuridico dello Stato⁶². Questo pare davvero un elemento di rilievo e come tale va segnalato, se non altro perché non consta, e si dice ciò in modo forse azzardato non potendo svolgere una ricognizione su tutto il diritto positivo, che quella aperta catalogazione *sub specie* di principi generali abbia eguali.

Se i principi generali espressi sono abbastanza rari, più numerosi sono invece quelli impliciti che si ricavano dalle disposizioni oppure dalle norme che vengono enucleate dalle disposizioni come pure dall'ordinamento o dal diritto nel suo complesso.

Uno è il principio della certezza del diritto che prima ancora di essere desumibile da una qualche disposizione, si presenta come un connotato essenziale all'idea stessa di diritto e, per questa via, come una condizione indispensabile all'ordinamento giuridico⁶³. Tanto è

⁶²La formulazione genera degli equivoci in quanto dà adito a letture diverse. Ad ogni modo, nel testo si sceglie di riferirsi soltanto alla libertà di iniziativa economica senza citare gli altri principi enunciati nella l. 11 novembre 2011, n. 180 perché non si crede che la qualificazione in termini di "*principi dell'ordinamento giuridico dello Stato*" di cui all'art. 1 della legge sia riferibile alla totalità dei "*principi generali*" elencati. L'unico altro principio verso cui la formula si rivela appropriata è la libertà di concorrenza nominata con la libertà di iniziativa economica all'art. 2.

⁶³Tra le pagine più significative della dottrina sul tema della certezza del diritto cfr. N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. internaz. filos. dir.*, 1951, pag. 146-152 e,

essenziale la certezza all'utilità effettiva e quindi alla vita stessa del diritto che per affermarne l'operatività nemmeno occorre ricercare degli enunciati normativi da cui enuclearlo con un processo di astrazione. Anzi, a considerare i fenomeni degenerativi che colpiscono la produzione normativa, da molte disposizioni sarebbe addirittura impossibile desumere che la certezza del diritto sia un principio generale.

Un altro principio generale implicito è quello della divisione dei poteri. Teorizzato da Montesquieu come elemento cardine dello stato di diritto, la sua origine si fa comunemente risalire alla tradizione classica e specialmente ad Aristotele. Invero, pare sia appartenuto anche all'esperienza giuridica medievale dato che già Marsilio da Padova nel '300 distingueva chi fa le leggi da chi le esegue⁶⁴. Ad ogni modo, quali ne siano le ascendenze, esso sta a fondamento delle disposizioni

naturalmente, l'opera di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit. Oggi, in dottrina, si parla anche di "*diritto dell'incertezza*" soprattutto a proposito delle normative che hanno a che fare con il rischio e la precauzione come accade in materia di energie rinnovabili, di tutela ambientale, di sicurezza alimentare, etc. In questi campi di disciplina la sicurezza dell'individuo, e quindi la tutela dello stesso, passa attraverso la gestione dei pericoli che incombono su persone, attività, o beni. Non si tratta della negazione della certezza del diritto ma del suo realizzarsi in una forma nuova che consiste nella regolazione dell'incertezza. Su questi temi cfr. B. L. BOSCHETTI, *Il governo dell'incertezza nella politica energetica: l'energia tra innovazione e sostenibilità ambientale*, in *Amministrare*, 2009, pag. 257-280.

⁶⁴F. MODUGNO, v. *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, 1966, vol. XIII, pagg. 472-489. Cfr. anche F. BATTAGLIA, *Marsilio da Padova e il "defensor pacis"*, (1324), in *Riv. intern. fil. dir.*, 1924, pag. 398-417.

costituzionali che disciplinano la titolarità e l'esercizio delle tre principali funzioni dello stato.

L'ultimo esempio cui si ritiene di fare riferimento – senza con ciò esaurire la categoria dei principi generali impliciti – è rappresentato dal divieto di abuso del diritto che, nella sua più moderna teorizzazione, risulta declinato anche nell'ulteriore figura del divieto di abuso del processo.

Sia che si guardi all'abuso della posizione giuridica sostanziale sia che si guardi all'abuso della posizione processuale e quindi delle strategie difensive, le basi del principio si radicano nel dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) e nel correlato dovere di collaborazione, nonché nel divieto di atti emulativi imposto al proprietario dall'art. 833 c.c. E, di sicuro, entrambe le versioni hanno formato oggetto di specifiche attenzioni da parte della giurisprudenza.

Dopo questa rassegna del tutto esemplificativa si può allora dire che i principi generali partecipano della stessa natura delle norme proprio perché sono enucleati in disposizioni che li riconoscono in modo espresso oppure sono desunti da disposizioni, da norme, o dal diritto complessivamente inteso.

Poi, e questo è l'altro profilo di ordine logico che depone a favore della tesi normativa, l'assimilazione tra principi e norme si spiega anche sul piano funzionale. I principi generali al pari delle norme esprimono regole o modelli di condotta. Ne deriva che gli uni – i principi – e le altre – le norme – possiedono un contenuto prescrittivo nel senso che indicano il comportamento da seguire in concreto.

Per riassumere, quindi, l'assimilazione dei principi generali alle norme si spiega in rapporto al collegamento genetico, in quanto i principi sono estratti da norme e, ad un tempo, si spiega in rapporto alla comunanza di scopo in

quanto i principi, come le norme, servono ad indicare il comportamento da seguire.

Questo, in realtà, è il vero terreno di confronto, e di contrasto, tra le diverse concezioni sui principi generali. Un po' tutte le teorie concordano sul fatto che i principi esprimano regole di condotta, le divergenze riguardano semmai la capacità di queste regole di imporsi al pari di qualsiasi norma giuridica.

Ebbene sul versante della più compiuta formulazione della tesi normativa, i principi sono “*regole di condotta imperative, bilaterali e coercibili*” e dotati però di una portata più ampia rispetto alle “altre” norme giuridiche che, pertanto, vengono qualificate “*particolari*”⁶⁵.

Se il primo termine della teorizzazione, l'identità tra principi e norme e quindi la negazione di qualsiasi distinzione ontologica tra gli uni e le altre, è condiviso dalla generalità degli indirizzi in cui si è declinata l'impostazione normativa, una maggior varietà di opinioni si avverte invece in merito all'individuazione del tratto differenziale tra principi e norme.

Per tradizione i principi generali sono stati indicati in quelli ricavabili per astrazione generalizzatrice dalle disposizioni.

In modo più originale, Crisafulli ha ritenuto che i principi precedono logicamente le altre norme nel senso che costituiscono gli elementi da cui quelle si ricavano per derivazione. Al centro di tale ricostruzione teorica vi è l'idea che i principi generali siano le norme di base e fondamentali, le “*chiavi di volta*” dell'intero ordinamento

⁶⁵V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1941, pagg. 41-63; 157-181; 230-264, specie pag. 180 testo e nota 50.

giuridico. Un vero e proprio *prius* rispetto alle norme giuridiche.

In effetti, considerate le incertezze sul processo di formazione dei principi generali, non vi è modo di stabilire quale sia il rapporto di derivazione tra principi e norme, e stabilire quindi se siano anteriori gli uni o le altre. Probabilmente, sono vere entrambe le cose, nel senso che è ben ipotizzabile che certi principi generali precedano le norme e altri invece derivino da esse.

Quel che è certo è che nella realtà non tutte le norme riescono ad essere ricondotte ad un principio di diritto⁶⁶.

⁶⁶Bisogna tener presente lo stato di generale scadimento qualitativo della produzione normativa, specialmente vistoso in rapporto a certe discipline settoriali. Pur con il massimo rispetto per chi si trova ad attuare i difficili compiti della regolazione, non ci si può esimere dal constatare che per molte disposizioni, e norme, è davvero arduo – o addirittura impraticabile – tracciare un rapporto di derivazione con un qualche principio generale. Per giunta, molte di queste sembrano addirittura la negazione della certezza del diritto che, come si è già indicato sopra, è quel principio generale che costituisce una condizione essenziale all’effettività dell’ordinamento giuridico. Diversi esempi sono offerti in ambiti economici anche di strategica importanza. Un caso è dato dalle disposizioni poco intelleggibili del d.m. 12 novembre 2011, n. 226 in materia di gare pubbliche per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas. All’interno di tale normativa forse le previsioni più critiche sono quelle relative al rimborso spettante al concessionario uscente e dovuto dal nuovo concessionario oppure dalla pubblica amministrazione. Vale a dire proprio quegli aspetti in relazione ai quali si avvertiva più urgente il bisogno di un intervento di regolazione. Ebbene, risulta veramente arduo individuare un principio generale dietro alla disposizione (art. 5, comma 16) che lascia agli imprenditori la regolazione della cifra in eccedenza rispetto al valore stabilito nel bando di gara. Tanto più che la nuova normativa avrebbe dovuto stabilire regole funzionali al contenimento del contenzioso sull’indennizzo.

È altrettanto certo, però, che i principi possono entrare nella logica della produzione normativa. E di questo si tratterà più avanti.

Per ora, ciò che appare meritevole di maggior attenzione nel quadro dell'insegnamento di Crisafulli e che non sembra sia stato sufficientemente valorizzato si riassume in due affermazioni⁶⁷.

L'una riguarda l'inconciliabilità tra la pretesa di attribuire una portata meramente teorica ai principi e la presenza di disposizioni – e dunque la scelta resa manifesta nel diritto positivo – che ad essi attribuiscono effetti giuridici.

L'altra, invece, taccia qualsiasi impostazione contraria al riconoscimento del valore normativo – ma sarebbe preferibile dire giuridico - dei principi generali come il prodotto di una limitatezza di vedute, che risolve la norma nella sua formulazione e, dunque, riduce il diritto all'enunciato linguistico espresso nell'atto giuridico.

4. Segue: i principi nel diritto positivo

Che i principi abbiano un valore giuridico e non soltanto culturale è una scelta di diritto positivo consacrata in quelle disposizioni di legge, e sono diverse, che ai principi generali attribuiscono funzioni e dunque effetti concreti.

Il fatto stesso che la legge riconosca ai principi generali un ruolo nella vita del diritto impedisce di relegarli tra lo strumentario vago della speculazione teorica. E, verrebbe da aggiungere, li pone automaticamente in una sfera di prescrittività non minore rispetto a quella che caratterizza qualsiasi “altra” norma giuridica o, *rectius*, qualsiasi altra

⁶⁷V. CRISAFULLI, *op. cit.*, pagg. 178-180.

categoria giuridica che opera in forza di una espressa previsione normativa.

A ragionare sulle attribuzioni, poi, pare evidente che lo stretto diritto positivo riserva ai principi compiti tutt'altro che secondari. Cosa di cui è facile rendersi conto anche a prima lettura.

I principi sono elementi attraverso cui risolvere le controversie, limiti invalicabili del potere *extra ordinem*, parametro di costituzionalità della legislazione regionale esclusiva conferita dagli statuti speciali.

Tutte funzioni che valgono a qualificare il profilo assegnato ai principi sia per la centralità che riveste nelle diverse ipotesi, sia per la trasversalità con cui occupa vari piani di disciplina, sia ancora per la versatilità con cui si adatta a soddisfare un eterogeneo ventaglio di esigenze.

Probabilmente a rivelare la posizione complessiva di questa categoria concettuale all'interno dell'ordinamento giuridico è proprio la capacità di prestarsi alle più disparate applicazioni. Soprattutto di produrre effetti che nessuna – altra – norma, o talora soltanto una norma costituzionale, potrebbe produrre in quelle condizioni.

O perché le disposizioni applicabili specificamente o analogicamente al caso esprimono regole che lasciano la questione dubbia.

O perché si versa in situazioni di tale gravità e urgenza da richiedere misure *ad hoc* svincolate da disposizioni entro cui desumere il modello dell'intervento da espletare.

O perché si tratta di assicurare che certa potestà legislativa, quella esclusiva delle autonomie speciali, si raccordi all'ordinamento giuridico unitario dello stato.

Siffatto quadro rivela che la forza dei principi va da un minimo rappresentato dall'essere elementi ora ausiliari ora suppletivi delle disposizioni ad un massimo costituito dall'essere, almeno tendenzialmente, gli unici vincoli da

rispettare o, addirittura, le prescrizioni su cui si misura il buon operato del legislatore.

Per entrare più nel dettaglio, anche a non voler compiere una sterile rassegna, bisogna per lo meno dedicare qualche attenzione specifica alla lettera delle norme.

A cominciare da quell'art. 12 delle preleggi che, è fin superfluo notare, per consuetudine rappresenta il riferimento normativo d'elezione di qualsiasi teoria sui principi generali.

La prima cosa da dire è che la presenza di una disposizione sui principi generali, una sorta di norma dedicata, si tramanda dagli ordinamenti preunitari, addirittura dalle codificazioni settecentesche, ad oggi⁶⁸. Per di più, con contenuti e formulazione pressoché identici se si eccettuano i termini del riferimento all'ambito giuridico da cui attingere i principi. Dapprima, e ancora nel codice albertino, il diritto "naturale". Poi, alternativamente, il diritto – ma non più *jus naturalis* - ovvero l'ordinamento.

E il radicamento di questa tradizione nella legislazione civilistica indica di per sé che almeno dalla fine del diciottesimo secolo non si rinuncia al "*riconoscimento positivo*" dei principi generali e della loro funzione⁶⁹.

Funzione, poi, che è rimasta sempre la stessa, ossia quella di risolvere i casi che non trovano regolazione legislativa specifica o applicabile in via analogica e pertanto rimangono dubbi.

⁶⁸Tra gli altri, l'*Allgemeine* prussiano del 1794; il codice austriaco del 1811 entrato in vigore nel 1815; il codice civile albertino promulgato con l'editto del 20 giugno 1837; il codice civile del Regno d'Italia del 1865; nonché il codice civile del 1942.

⁶⁹L'espressione è di G. DEL VECCHIO, *Riforma del Codice civile e principî generali del diritto*, in *Studi sul diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, vol. I, pag. 273.

Così intesi, i principi generali sono quella categoria concettuale che permette al sistema giuridico di “*compiersi*” vale a dire di risolvere le sue lacune⁷⁰. Essi costituiscono, quindi, gli elementi strutturali di un procedimento cognitivo, o se si vuole di un metodo di ragionamento, che permette di ricavare la soluzione da dare al singolo caso cercandola nel tessuto del sistema giuridico complessivo.

Se si assumono le categorie della logica classica, questo processo cognitivo si incardina sul *paradigma* aristotelico e in quanto tale si sviluppa in un’operazione intellettuale guidata da un ideale di proporzione (*análogos*). Proporzione che si regge sul rapporto di connessione logica tra le diverse parti che compongono quel tutto organico che è il diritto⁷¹.

Non è tanto di *analogia juris* che si deve parlare quanto, secondo la tesi di Esser, di una “*costruzione dogmatica propria*” da indicare, appunto, con la locuzione principi generali del diritto⁷².

Si tratta infatti di uno schema logico tutto particolare che si suole classificare nel ragionamento per analogia più per abitudine che per rigore scientifico. Esso se all’analogia è in qualche misura riconducibile, è solo perché al pari di

⁷⁰F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1940, pag. 142 e ss.

⁷¹ In proposito cfr. N. BOBBIO, v. *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, 1957, pag. 602 e 605 ove il ragionamento fondato sui principi generali viene accostato all’argomentazione per esempi descritta da Aristotele nei *Primi Analitici*. Al riguardo, rileva ARISTOTELE, *Organon, Primi Analitici*, l. II, cap. XXIV.

⁷²J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Francoforte sul Meno, 1972 trad. It. a cura di P. PERLINGIERI, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ESI, 1983, pag. 182.

quella si sviluppa su una relazione tra due termini⁷³. Ma mentre all'analogia è essenziale un rapporto di somiglianza tra casi, quello regolato e quello non regolato, quando si ragiona per principi, invece, la relazione che si configura non è tra fattispecie – casi simili – bensì tra la fattispecie non regolata e il principio di diritto individuato per risolverla. Con i principi, dunque, non si estende la portata applicativa di una disciplina da caso a caso, ma si sussume un caso sotto l'alveo di un principio.

E si ricorre ai principi, come si diceva, soltanto dopo che si sia appurata l'impossibilità di risolvere la controversia sulla base delle disposizioni esistenti. In questo senso, i principi sono norme giuridiche che non operano primariamente e che si muovono in un'area non coperta dalle altre norme, quelle poste dalle cd. fonti edittali⁷⁴.

Allora, se da un lato, per antonomasia, i principi generali vengono a identificare una tecnica gnoseologica a sé, ad un tempo e dall'altro lato, il ricorso ad essi esprime una regola di giudizio. Precisamente, quella regola di giudizio che interviene nell'ultima "*persistenza del dubbio*" a garantire il sistema dal *non liquet*⁷⁵.

Un po' a scongiurare qualsiasi eventualità che possano crearsi le condizioni descritte nella *Pro Cluentio*⁷⁶.

⁷³Sul tema del ragionamento analogico cfr. K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stoccarda, 1968, trad.it. a cura di A. BARATTA, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970, cap. VII specialmente pag. 230 e ss.

⁷⁴Cfr. G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pag. 970.

⁷⁵L'espressione citata è di P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in *I principi generali del diritto, atti dei convegni lincei (Roma 27-29 maggio 1991)*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992, pag. 332.

⁷⁶CICERONE, *Pro Aulo Cluentio oratio*, 28.76.

Ma non tanto, o non solo, nel senso ivi fatto palese della difficoltà ad accertare i fatti (*quidnam esset actum*). Quanto nel significato più consono al moderno stato di diritto nel quale il dubbio ciceroniano si evolve e si dissolve nel dovere di decidere⁷⁷.

Del resto, dal *System* in avanti la cultura giuridica della vecchia e della nuova Europa ha sempre manifestato di avere cara la corrispondenza tra il ruolo dei principi generali e il divieto di denegare giustizia⁷⁸. E a spingere la dottrina a valorizzare questo legame è stata soprattutto l'esegesi dei testi normativi. È da due secoli che gli ordinamenti si preoccupano di “*garantire la decisione del caso controverso*” codificando o il dovere di pronuncia o la funzione interpretativa dei principi generali⁷⁹.

In un caso si preclude il silenzio giudiziale, nell'altro si indica il procedimento logico da seguire per decidere. Ma che si preferisca formalizzare un aspetto in luogo dell'altro dipende da una scelta di “*tono*” in cui si esprime la propensione di un ordinamento a tipizzare un titolo di

⁷⁷Nel diritto romano il *non liquet* – traducibile in non è chiaro – indicava che i fatti di causa non erano stati sufficientemente chiariti per portare alla decisione. Peraltro, in via preliminare rispetto all'accertamento di merito, era possibile rifiutare l'azione nel senso che al giudice era consentito *denegare iudicium* e così imporre l'abbandono della domanda. In tal caso, al diretto interessato restava solo appellarsi all'autorità imperiale. Sul diniego dell'azione cfr. F. SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford, 1951, ristampa del 1992, pag. 13-14.

⁷⁸F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1840-1849, trad. It. di V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, Unione tipografico-editrice, Torino, 1886, vol. I, pag. 331 e ss.

⁷⁹F. SANTORO PASSARELLI, v. *Preleggi*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, pag. 629.

responsabilità o a stabilire come evitare di incorrervi⁸⁰. Cosa che comunque non sminuisce il rapporto di reciproca implicanza tra il comportamento vietato e la condotta imposta.

Naturalmente dall'età napoleonica ad oggi qualcosa è cambiato nei testi giuridici. Se da un lato la formula classica del divieto di denegare giustizia espressa nell'art. 4 del *code civil* è rimasta immutata dalla promulgazione, dall'altro lato l'ordinamento interno si è "adeguato" alla disposizione d'Oltralpe⁸¹. Pertanto, allo stato, la norma sulla valenza interpretativa dei principi si affianca a quella che obbliga il giudice a pronunciarsi.

Questo, guardando la realtà del diritto interno, non consente più di dire che nell'esperienza legislativa quando si esprime una delle due regole si lascia sottintesa l'altra e viceversa.

La relazione tra quelle regole, però, rimane inalterata. Il divieto di denegata giustizia e la funzione giuridica dei principi generali si pongono come la faccia concava e quella convessa "*di una stessa superficie euclidea*"⁸².

In questi termini, il significato profondo dell'art. 12 delle preleggi – e dei suoi antesignani – non è tanto quello di introdurre un generico strumento di *ius dicere*, bensì quello di enunciare una norma di chiusura tale per cui qualunque sia lo stato della legislazione si impone al giudice di decidere cercando la soluzione al caso

⁸⁰ Il termine citato è di F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁸¹ È l'art. 2 della l. 13 aprile 1988, n. 117 a sanzionare a titolo di responsabilità risarcitoria la condotta del magistrato "*per diniego di giustizia*".

⁸² L'immagine, invero inserita in un contesto argomentativo diverso rispetto a quello che si sta trattando qui, è usata da A. PAGANO, *Autonomia ed eteronomia nel diritto*, in *Riv. internaz. filos. del dir.*, 1926, pag. 412.

controverso se non altro nei fondamenti ultimi dell'ordinamento.

Da sempre ci si interroga se in questo modo si finisca per dare ai principi una portata normogetica e al giudice il potere di creare diritto. E come sempre la risposta dipende dalle lenti dell'osservatore.

Quel che è certo è che il diritto positivo mantiene ai principi generali questa funzione interpretativa, e per taluni versi anche integratrice, che serve ad andare “*oltre il pensiero del legislatore*”, laddove il legislatore non è arrivato⁸³.

Come è certo, poi, che dall'*Allgemeine* prussiano del 1794 al codice civile del 1942 il riconoscimento dei principi generali a livello legislativo ha preso forma in una disposizione materialmente inclusa all'interno del *codex civilis* e però anteposta alla disciplina civilistica vera e propria. Quindi, a tramandarsi non è stato solo il ruolo dei principi generali ma anche la tecnica normativa con cui quel ruolo è stato tipizzato. Tale scelta di metodo indica qualcosa di preciso.

Essa dice che formulando la norma sui principi si è inteso esprimere una regola destinata ad espandersi tendenzialmente alla totalità dei rapporti giuridici senza confini di disciplina e indifferentemente dai rami del diritto di pertinenza. Talché, si è voluto conferire ai principi l'aura di una categoria concettuale appartenente all'intero panorama giuridico e, dunque, un po' a tutto il diritto indipendentemente dalle partizioni di settore.

Che ciò sia avvenuto in sincrono con la sistematizzazione delle principali regole civilistiche è dovuto alle note ragioni storiche che hanno fatto della codificazione civile

⁸³F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., pag. 144.

l'ambito dei “*principes fondamentaux et préliminaires de toute législation*”⁸⁴.

Non si può comprendere appieno il valore della posizione riconosciuta ai principi attraverso le norme dei codici civili, se non si ha chiaro che quella nel suo primo apparire e per lungo tempo è stata una legislazione in certa misura “costituzionale” atta a formalizzare lo “statuto dei privati” per tutelare lo spazio delle libertà rispetto allo stato⁸⁵.

Data la connotazione, giocoforza, in quel corpo di disposizioni dovevano trovare – e trovarono – sede anche le regole sull'applicabilità delle norme giuridiche. Regole queste che, seppure variamente denominate, identificano una categoria unitaria. Così che si parli di norme sulle norme, norme di secondo grado, norme strumentali si intende comunque un insieme di enunciati giuridici il cui “*oggetto immediato*” sono altre norme e non fattispecie⁸⁶.

Ebbene, l'essere destinate a regolare l'operatività delle norme giuridiche, specialmente negli aspetti essenziali che riguardano la sistematica delle fonti, i criteri interpretativi, le condizioni e le forme di abrogazione, è valso ad attribuire una posizione preminente a queste disposizioni collocate in apertura al codice civile. Proprio in quanto “preliminari” all'applicazione di qualsiasi altra norma erano in certa misura anche prioritarie.

⁸⁴Così si esprime Grenier illustrando il progetto del *code civil*. Si tratta del discorso riportato nella raccolta di A. FENET, *Recueil complet de travaux préparatoires du code civil*, Parigi, 1836, cfr. ibidem, tome VI, 1827, rapport fait au nom de la section de législation, 28 février 1803, pag. 363-378. L'espressione citata è a pag. 364.

⁸⁵Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, v. *Preleggi*, cit., specie pag. 627-628.

⁸⁶In proposito cfr. ancora F. SANTORO PASSARELLI, v. *Preleggi*, cit., specie pag. 626.

Fatta luce sulla genesi storica delle cd. preleggi, compresa quindi la norma che ha positivizzato il ruolo dei principi generali, tutto sta a vedere se vi siano stati dei cambiamenti, e quali, in regime di Costituzione rigida.

Va da sé che la “*rinnovazione*” compiuta nell’ordinamento ha fatto sì che le norme precedenti potessero permanere in vigore solo a condizione che ricevessero un “*titolo di validità*” nel testo costituzionale⁸⁷.

Inutile dire che quelle disposizioni sulla legge in generale, che pure sopravvivono nel codice civile, restano logicamente strumentali – norme sulle norme, appunto – ma non hanno più ragione di superiorità, perché la gerarchia delle fonti non lo consente.

Piuttosto, conta verificare se la previsione che impone di decidere facendo ricorso ai principi generali per sopperire ai vuoti normativi sia conciliabile con il disposto costituzionale che sancisce la soggezione del giudice soltanto alla legge⁸⁸.

Da un lato, la legge ordinaria stabilisce che il giudice applichi i principi quando manca la legge che regola il caso, dall’altro lato la Costituzione vincola il giudice ad applicare solo la legge.

Ora, si può discutere dell’importanza giuridica dei principi generali, sostenendone il valore e la natura normativa. E si può anche pensare ad essi come a regole che il giudice “deve” applicare.

Tuttavia, rimane problematico ricondurre i principi generali al concetto di legge che viene rilievo nel testo costituzionale. Non importa quanto incerti siano i contorni

⁸⁷Le espressioni citate sono tratte dal *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.* 1956, pag. 264.

⁸⁸Il riferimento è all’art. 101, comma 2, Cost.

della nozione stessa di legge che, per Costituzione, il giudice ha il “*dovere incondizionato*” di applicare⁸⁹. Nell’interpretazione corrente l’accezione di riferimento è alla legge in senso formale.

Detto questo, però, non sembra profilarsi un contrasto effettivo tra il ruolo interpretativo dei principi e la soggezione alla legge dei giudici.

È pur sempre la legge a prevedere l’applicazione dei principi generali. Sicché, il ricorso ad essi ai fini della decisione equivale a conformarsi ad una prescrizione del tipo di quelle a cui il giudice non può sottrarsi.

In più, è proprio la fonte costituzionale a riconoscere dignità giuridica ai principi⁹⁰. E una dignità di massimo grado dal momento che ne fa limiti alla potestà legislativa delle regioni autonome, dunque parametro di costituzionalità.

Invero, qualche dubbio è sorto in merito alla coincidenza tra la categoria di “principi” contemplata negli statuti speciali e quella dei “principi generali” cui si fa rinvio nelle preleggi.

Questa potrebbe pure sembrare questione meramente formalistica, senonché la soluzione che se ne dà investe la portata stessa del limite che si pone all’esercizio della funzione legislativa regionale.

Infatti, o si tratta dello stesso concetto espresso con un sintagma parzialmente diverso oppure si tratta di due concetti distinti, nel qual caso occorre stabilire quali siano

⁸⁹L’espressione citata è di R. GUASTINI, Sub *art. 101*, in *Commentario della Costituzione, artt. 101-103, la magistratura*, tomo I, a cura di GUASTINI-PIZZORUSSO, Zanichelli, Bologna, 1994, pag. 175.

⁹⁰Art. 2 Statuto della Valle d’Aosta; art. 4 Statuto del Trentino-Alto Adige; art. 4 Statuto del Friuli-Venezia Giulia; art. 3 Statuto della Sardegna.

in concreto le differenze per comprendere a che tipo di vincoli soggiace la legislazione regionale esclusiva.

In dottrina si è sostenuto di tutto o si è ignorato il problema. Peraltro, forse vi è più di un fondamento per ritenere che la discrasia terminologica sia solo casuale. Specialmente se si considera l'atavica indeterminatezza definitoria che contraddistingue i principi.

Ciò nondimeno, a voler trovare un faro che orienti verso una soluzione persuasiva e ragionevolmente sostenibile si può far leva su un argomento che pare difficile mettere in discussione.

I principi devono essere "generalisti". Altrimenti non sono principi o, almeno, non lo sono nel senso qui rilevante di categoria che si enuclea dalle fibre e dallo spirito dell'intero ordinamento giuridico. Soltanto *principes généraux* riescono a esprimere le linee ispiratrici e fondamentali dell'ordinamento e del diritto⁹¹.

Tra l'altro è proprio con riferimento ai principi che vincolano la potestà legislativa nel senso specificato dagli Statuti speciali che la Corte costituzionale ha dato la sua, unica, definizione di "principi generali"⁹². Una definizione che nel richiamo a "*orientamenti*" e "*direttive*", non meno che nel riferimento alla "*intima razionalità delle norme*" e agli indirizzi fondamentali della legislazione, rivela innegabile assonanza con quanto si dice nella Relazione di accompagnamento al codice civile del 1942 a proposito dei

⁹¹È numerosa la dottrina che insiste sulla generalità dei principi. *Ex multis*, V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto*, cit., *passim*; G. DEL VECCHIO, *Riforma*, cit., specialmente pag. 274. Ancora Ernst Zitelmann sulla cui teoria cfr. E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, in *Riv. intern. filos. dir.*, 1925, pag. 49-85.

⁹²Corte cost., 29 giugno 1956, n. 6, in *Giur. cost.*, 1956, pag. 586-596.

principi generali da applicare per risolvere i casi dubbi⁹³. Questi, esattamente come i principi su cui ragionava la Consulta, hanno a che fare tra le altre cose con l'orientamento politico e legislativo dello stato. Gli uni e gli altri possiedono dunque la stessa natura. E l'assimilazione ontologica, di per sé inevitabile, è resa più manifesta dalla circostanza che il concetto giurisprudenziale di principi elaborato attorno alle disposizioni statutarie si incentra, appunto, sul carattere generale che i principi devono avere per poter assurgere a limiti della potestà legislativa regionale.

In buona sostanza, nello spiegare cosa siano i principi a cui devono armonizzarsi le leggi delle autonomie speciali la Corte non pensava a qualcosa di diverso rispetto all'accezione che i principi assumono nel contesto delle preleggi. Nel dare la sua interpretazione si è avvalsa di uno degli elementi più ricorrenti nella teoria sui principi vale a dire la generalità come attributo immanente e identificativo della categoria concettuale.

Ma la connotazione generale e generalizzante dei principi non è essenziale unicamente per ragioni logiche e teoriche di corrispondenza concettuale, e in sostanza di unitarietà della categoria. Essa appare indispensabile anche al concreto assolvimento delle funzioni attribuite ai principi. Ora, nella declinazione statutaria i principi sono oggetto di un vincolo di armonizzazione cui soggiacciono le leggi regionali e provinciali, sempre che ricorrano le relative

⁹³Le espressioni riportate nel testo sono citazioni da Corte cost., 29 giugno 1956, n. 6, in *Giur. cost.*, cit., pag. 593-594.

condizioni di autonomia istituzionale ed esclusività della competenza⁹⁴.

È pacifico che questo vincolo discenda direttamente dal principio costituzionale – ormai identificato in uno dei valori supremi da cui dipende l'esistenza stessa del patto sociale – di unitarietà e di indivisibilità dello stato sancito nell'art. 5 della Costituzione. Ragione per cui se ne è estesa la portata anche alla legislazione esclusiva siciliana, nonostante che il relativo statuto non riproduca la previsione inserita negli altri⁹⁵.

Chiarito questo, in tanto l'unità dell'ordinamento può essere preservata in quanto i principi cui si attinge per garantirla siano espressione delle direttrici generali sottese al sistema giuridico complessivo. Ecco perché, come si diceva, deve trattarsi sempre e comunque di principi generali.

Bisogna poi intendersi sulla portata e sul significato del limite.

Nonostante la terminologia atecnica, incardinata come è sulla locuzione “*in armonia*” che non appartiene al linguaggio giuridico, i precetti statutari in discorso hanno un senso tutt'altro che vago.

È infatti certo cosa si esige con l'imporre che la funzione legislativa si svolga “*in armonia*” con certe regole, quali sono quelle contenute nella Costituzione e quelle espresse dai principi dell'ordinamento. Si pretende, in buona sostanza, che la regione legiferi osservando l'una e gli

⁹⁴ Naturalmente con il riferimento alle leggi provinciali ci si richiama alle Province autonome di Trento e di Bolzano le uniche ad avere titolarità all'esercizio della funzione legislativa.

⁹⁵ Sul punto cfr. L. GIOVENCO, *Principi dell'ordinamento giuridico dello stato e potestà legislativa delle regioni*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1956, specie *sub* nota 10 a pag. 463; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pagg. 112-113.

altri. E nella stessa misura come si evince dalla formulazione letterale che prescrive di rispettare i principi nei termini in cui prescrive di rispettare la Costituzione.

Ora, che l'osservanza della Costituzione integri un obbligo di conformazione è un presupposto indefettibile per la tenuta stessa dell'ordinamento giuridico⁹⁶. Di conseguenza, la scelta lessicale imperniata sul dover agire in armonia con la Costituzione non può significare qualcosa di meno o di diverso da questo. Nel contempo, identico significato deve assumere anche verso i principi dal momento che nulla lascia intendere che rispetto ad essi il vincolo di armonizzazione imposto dagli statuti sia più tenue.

In definitiva, se dal rango delle disposizioni statutarie speciali deriva che il contrasto con i principi è azionabile in un giudizio di legittimità costituzionale, per ovvia necessità logica il dato principio che si assume violato ha valore di parametro di costituzionalità.

È anche vero, però, che più di un dubbio è stato sollevato sulla effettiva portata pratica del limite dei principi generali⁹⁷.

In particolare, si è manifestata poca convinzione sulla possibilità stessa di farne valere la violazione in confronto alla presunta tendenziale preferibilità di altri criteri di delimitazione della potestà legislativa. Il che sarebbe dovuto alla difficoltà di trarre dai principi delle norme di giudizio idonee a sindacare la compatibilità delle leggi regionali con l'ordinamento statale.

⁹⁶Sul concetto di legittimità che si estrinseca essenzialmente nell'essere conforme a legge cfr. lo studio di R. RESTA, *La «legittimità» degli atti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pag. 28-47.

⁹⁷In proposito, S. BARTOLE, v. *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXV, 1986, specie pag. 504-505.

Tuttavia, è un dato d'esperienza che nei giudizi di costituzionalità la violazione di principi generali ha efficacia di censura autonoma e come tale viene giudicata. E non sembra potersi fare questione di inadeguatezza del limite visto che la sua applicazione ha determinato declaratorie di illegittimità⁹⁸. Come a dire che il vincolo ad osservare i principi generali produce effetti giuridici concreti.

Se è così, allora, il ruolo riconosciuto ai principi dalla *legge delle leggi* – o più esattamente da fonti di diritto ad essa equiparate – non è affatto teorico.

Analogamente, e per passare all'ultimo ordine di disposizioni di cui si intende trattare, non ha carattere teorico nemmeno la fisionomia funzionale che la categoria dei principi generali riveste in rapporto all'esercizio dei poteri autoritativi *extra ordinem*.

Senza diffondersi in una disamina delle norme di relazione attributive dei poteri straordinari, quel che conta è che si ricade in situazioni caratterizzate da esigenze non suscettibili di trovare adeguato soddisfacimento mediante misure tipiche ossia costruite secondo un preciso paradigma positivizzato in disposizioni legislative⁹⁹.

⁹⁸Un esempio è dato proprio dalla sentenza costituzionale 6/1956 che accolse il ricorso per contrasto di una norma della Provincia autonoma di Trento con il principio di libera concorrenza. Tra le decisioni più recenti si può segnalare Corte costituzionale, 22 luglio 2009, n. 226 che ha assunto come parametro il principio di certezza del diritto. Da notare che in quest'ultimo caso il giudizio riguardava un decreto legislativo – non una legge regionale o provinciale – dichiarato incostituzionale in quanto contraddicendo un principio generale veniva a ledere la sfera di competenza assicurata alla Provincia autonoma dallo statuto speciale.

⁹⁹Allo stato, la disposizione principale in materia è quella contenuta nell'art. 54 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 il Testo unico delle

Orbene, quando è dato provvedere *extra ordinem*, i principi generali costituiscono le uniche regole di cui sia esigibile il rispetto da parte dell'Autorità¹⁰⁰. Se poi possa derogarsi o meno, e in quali termini, all'ordinamento legislativo è altra questione che resta controversa¹⁰¹. Ad essere certo è che i principi sono le uniche regole da osservare sicuramente.

Nella teoria dei principi generali questo è un profilo poco approfondito, che riceve infinitesime attenzioni in confronto al ben più largo respiro degli studi riservati alle altre declinazioni teleologiche della categoria¹⁰².

leggi sull'ordinamento degli enti locali, che opera in combinato disposto con la normativa di attuazione stabilita nel d.m. 5 agosto 2008 rubricato Incolumità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione. Da considerare anche l'art. 2 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773 - il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza - dichiarato incostituzionale con sentenza 27 maggio 1961, n. 26 nella parte in cui non vincola i poteri prefettizi di carattere straordinario al rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico. Cfr. la sentenza costituzionale 27 maggio 1961, n. 26, in *Giur. cost.*, 1961, pag. 525 e ss. In precedenza, la Corte si era già pronunciata sul citato art. 2 t.u.l.p.s. e in quell'occasione aveva evitato la declaratoria di incostituzionalità della disposizione delineandone un'interpretazione costituzionalmente orientata. Cfr. la sentenza costituzionale 2 luglio 1956, n. 8, in *Giur. cost.*, 1956, pag. 602-607.

¹⁰⁰Naturalmente devono ricorrere tutte le condizioni cui la legge subordina l'esercizio del potere atipico, ma una volta soddisfatte quelle rimane soltanto – o per lo meno - il vincolo di conformità ai principi.

¹⁰¹F. BILANCIA, *Ordinanze di necessità e potere di deroga al diritto oggettivo*, in *Giur. cost.*, 1992, pag. 3608-3618.

¹⁰²Si vuole dire, in buona sostanza, che nell'ambito degli studi sui poteri straordinari e sui provvedimenti di necessità e di urgenza il ruolo dei principi generali viene sì analizzato ma principalmente per indagare le caratteristiche e i limiti dell'azione amministrativa.

Eppure, che i principi valgano a delimitare un potere innominato è elemento affatto secondario ai fini di un'indagine sulla fisionomia degli stessi.

V'è, anzitutto, da riconoscere che l'assegnazione di un ruolo ai principi nel contenimento degli interventi autoritativi è un portato della giurisprudenza costituzionale, la quale si è occupata della materia fin dalle sue prime pronunce.

Talché, ben prima che il diritto positivo intervenisse su questo aspetto di regolazione, si è iniziato a pensare ai principi come a “*canoni*” a cui conformare l'azione straordinaria della pubblica amministrazione¹⁰³. Ciò ha fatto sì che il limite dei principi operasse indipendentemente dall'essere imposto con legge.

Dal che, essi sono diventati un vincolo per questo genere di attribuzioni pubbliche sebbene, in ipotesi, la norma di riferimento non lo preveda in modo espresso.

Come se il rispetto dei principi fosse qualcosa di connaturato al legittimo espletamento dell'agire pubblico. E, in tal guisa, venisse pertanto avvertito come un'esigenza da soddisfare affinché l'esercizio concreto del potere non si estenda “a libito *dell'amministrazione*”¹⁰⁴.

Talché, di massima, l'analisi della materia relativa alle attribuzioni autoritative *extra ordinem* tange solo indirettamente il tema della ricostruzione concettuale dei principi generali. E, d'altra parte, negli studi specifici sui principi generali si tende a privilegiare l'inquadramento della categoria tra le regole di interpretazione tipizzate nelle disposizioni sulla legge in generale, lasciandone in secondo piano le potenzialità operative ulteriori.

¹⁰³In proposito cfr. Corte cost., sentenza 8/1956, *cit.*, punto 3 *sub* considerato, in diritto, specie pag. 606-607.

¹⁰⁴L'espressione citata è di G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giur.*

In questo senso, anche quando l’Autorità ha titolo per seguire modalità di condotta diverse da quelle ordinarie non per questo può eludere le direttive fondamentali dell’ordinamento. Qualsiasi potere *extra ordinem* attribuito dalla legge non può, all’atto pratico, tradursi in un comportamento contrario a quelli che la Consulta definisce i “presupposti dell’ordinamento giuridico” e lo “spirito della Costituzione”.

Extra ordinem, dunque, non *contra jus*. I principi sono il mezzo per garantire che non vi sia potere avulso dal sistema giuridico.

Detto in altro modo, l’osservanza dei principi è condizione essenziale affinché gli interventi straordinari, di cui sono espressione classica le ordinanze di necessità e di urgenza, possano ritenersi coerenti con “l’ordinamento giuridico complessivo”.

Cosa che poi si attua, concretamente, nel fare dei principi generali un metro di giudizio – e un termine di paragone – per valutare se la data misura assunta dall’Autorità trova rispondenza nei valori che ispirano l’ordinamento stesso¹⁰⁵. Talché la bontà dell’operato pubblico viene verificata attraverso un giudizio di valore tra la scelta effettuata nella situazione contingente e quella espressa in generale nell’ordito assiologico che ispira il sistema giuridico nel suo insieme.

Tutto questo chiama in causa il bisogno ineludibile di mantenere l’unità dell’ordinamento e nell’ordinamento.

cost., 1956, pag. 998 in nota alla sentenza costituzionale 8/1956, *ibidem*, pag. 602-607.

¹⁰⁵Sul punto R. CAVALLO PERIN, Sub *art. 54*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali (D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267)*, a cura di R. CAVALLO PERIN - A. ROMANO, Cedam, 2006 Padova, specialmente pag. 364-365.

Principi generali come principi “*unificanti*”, allora¹⁰⁶.

In questa accezione, che probabilmente meglio di altre coglie la ragione della categoria nell’esperienza giuridica, i principi hanno operato concretamente per volontà di legge quando si è trattato di congiungere all’ordinamento repubblicano i territori che all’indomani della seconda guerra mondiale erano rimasti sottoposti al governo militare¹⁰⁷. Nel delicato processo di transizione i principi sono stati un elemento determinante di uniformazione giuridica. Al punto che si è ritenuto di dover partire da essi per avviare l’adeguamento al diritto vigente nello stato. E così, la condivisione degli stessi principi generali è stata il presupposto indispensabile per radicare l’appartenenza delle diverse realtà territoriali ad un ordinamento unico.

In fondo, è proprio l’anelito alla coesione del sistema a promanare dalle disposizioni – tutte - sui principi generali. Quali che siano di volta in volta i contorni funzionali specifici che la categoria viene ad assumere, si tratta pur sempre di attribuzioni che ne rivelano l’attitudine a svolgere nell’ordinamento un ruolo costruttivo e connettivo insieme. Costruttivo perché sono fondamenti, mattoni, del diritto. Connettivo perché servono a unire e a tenere congiunte le varie componenti del diritto.

In più, nelle forme che si sono viste, l’ordinamento legislativo ne fa strumenti di decisione giudiziale, di

¹⁰⁶Cfr. V. CRISAFULLI, *Principi generali e ordinamento vigente a Trieste*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pag. 192.

¹⁰⁷Viene in rilievo il decreto del 3 marzo 1955, n. 100 emanato dal Commissario generale del governo italiano per il territorio di Trieste in forza del d.P.R. 27 ottobre 1954. L’art. 1 del decreto commissariale statuiva che “*i principi generali di diritto vigenti nel Territorio di Trieste sono quelli dell’ordinamento giuridico dello Stato italiano, al quale è affidata l’amministrazione del Territorio*”.

interpretazione e di produzione legislativa, nonché di contenimento dell'azione autoritativa. Pertanto, la categoria esercita quel suo ruolo costruttivo e connettivo nelle sfere di pertinenza dei principali poteri dello stato. Questo rende evidente che il diritto positivo non preclude la piena e concreta espressione giuridica dei principi generali.

5. Segue: la riferibilità dei principi all'ordinamento

In tutte queste disposizioni ricorre il termine “ordinamento” oppure la locuzione “ordinamento giuridico dello Stato” a delimitare l'ambito di appartenenza dei principi generali.

Come a dire che i principi generali rilevanti per la legge – o almeno per quelle date prescrizioni che li prendono espressamente in considerazione e che, secondo le categorie hartiane, dovrebbero essere indicate come norme di riconoscimento - sono soltanto i principi dell'ordinamento¹⁰⁸.

¹⁰⁸Sulla nozione di norma di riconoscimento cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Londra, 1961, trad. it. a cura di M. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1980, specialmente pag. 112-113. L'accostamento tra l'enunciazione legislativa dei principi generali di cui all'art. 12 delle preleggi e la categoria concettuale delle norme di riconoscimento si trova anche in F. MODUGNO, v. *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enc. del dir.*, 1980, pag. 733.

La specificazione in sé potrebbe essere intesa in vario modo. Non a caso è stata giudicata “*insolita e poco perspicua*”¹⁰⁹.

Con una certa approssimazione, resa inevitabile dal fatto che ancora una volta ci si trova di fronte ad un concetto tutt’altro che univoco, i principi dell’ordinamento sarebbero esclusivamente desumibili dal diritto positivo vale a dire dal diritto “posto” dallo stato.

Tale, almeno, sembra l’opzione ermeneutica maggiormente diffusa, dato che stando all’opinione prevalente con il rinvio all’ordinamento si sarebbe attuato un processo di positivizzazione dei principi generali. Talché, nella scelta lessicale verrebbe a manifestarsi la volontà di precludere qualsiasi effetto giuridico ai principi che non abbiano diretta corrispondenza nel complesso delle disposizioni vigenti.

La questione è nota e riguarda il *battage* culturale tra i principi di diritto e i principi dell’ordinamento che, a detta dei più, sarebbe stato risolto a favore di una formula, la seconda, maggiormente idonea a evitare derive giusnaturalistiche e indebite immistioni di diritto straniero¹¹⁰.

Quasi che si trattasse di decidere se i principi generali appartengano alle leggi di Antigone oppure a quelle di Creonte¹¹¹.

Se ciò non indica ancora nulla di preciso sul concetto dei principi generali, finisce tuttavia per ipostatizzare l’idea che la giuridicità dei principi dipenda dal loro essere

¹⁰⁹N. BOBBIO, v. *Principi generali di diritto*, cit., pag. 888.

¹¹⁰G. DEL VECCHIO, *Riforma del Codice civile e principi generali del diritto*, cit., pag. 274.

¹¹¹Il conflitto tra le leggi tribali e quelle della *pòlis* messo in scena da Sofocle nell’*Antigone* è un’immagine frequentemente usata per descrivere l’antitesi tra diritto naturale e diritto positivo.

proclamati, riconosciuti o enunciati – e dunque in qualche misura rintracciabili - in un testo di legge.

Questo è un modo poco realistico di guardare ai principi generali e al diritto. E rivela una certa miopia anche nella considerazione di ciò che è l'ordinamento giuridico.

Prima di tutto, nel valutare il significato del legame testuale che viene tracciato tra i principi generali e l'ordinamento giuridico, bisogna fare i conti con l'incertezza che aleggia sul termine ordinamento.

Dallo *status nostrae civitatis* alle immagini letterarie spesso utilizzate come oggetto di studio e di riflessione nelle opere giuridiche, emerge l'ampio spettro delle declinazioni che l'ordinamento giuridico ha assunto¹¹².

Così dire ordinamento per intendere diritto positivo è solo una delle alternative che si pongono, e a ben vedere è frutto di una convenzione su cui sembra invalsa la tendenza ad adagiarsi forse un po' troppo frettolosamente.

Esattamente come è convenzionale l'abitudine di identificare l'ordinamento in un insieme di attributi, quali principalmente coerenza e completezza, che poi, alla prova dei fatti, risultano in combinazione con tutta una serie di variabili che concorrono a vanificare ogni pretesa definitoria.

È probabile che a tutt'oggi non sussista descrizione più veritiera e precisa di cosa sia un ordinamento di quella che si può ottenere dall'esame lessicale del termine stesso.

Data la radice etimologica – *ordo* – ordinamento racchiude in sé l'idea di ordine. Ciò sia nel senso di comando che per

¹¹²L'espressione "*status nostrae civitatis*" compare nel *De republica* (2,2) riferita da Cicerone al pensiero di Catone in merito alla struttura organizzativa della *civitas*. Cfr. CICERONE, *De republica*, 2.2.

estensione vale ad indicare il precetto giuridico, sia nel senso di composizione in sistema.

Nel contempo, proprio dal significato primigenio che associa l'ordinamento ad un assetto sistematico scaturisce anche l'identificazione dell'ordinamento in organizzazione. Organizzazione da intendere ancora una volta almeno su due piani come organizzazione di comandi, o meglio di norme giuridiche, e come organizzazione di individui ossia corpo sociale.

Appare dunque, come già era stato per il diritto, la connessione tra l'ordinamento e la società, e questa connessione in certe dottrine diventa addirittura assimilazione.

In questi termini, allora, l'ordinamento appare la dimensione umanizzata del fenomeno giuridico ossia quella parte del diritto che comprende in sé anche il gruppo sociale di riferimento.

Pertanto, che l'ordinamento sia soltanto un insieme di norme è riduttivo perché esso è anche l'organizzazione che da quelle regole è governata. Poi, considerata la complessità del vivere comune, parimenti riduttivo è identificare l'ordinamento con un sistema "ordinato" di regole. Tenuto conto di questo, per quanto paradossale possa sembrare, nel concetto di ordinamento entra la dimensione del disordine.

Se ciò era chiaro alla linguistica dell'800 più frastagliato si fa invece il panorama delle dottrine giuridiche¹¹³.

¹¹³Si segnala la voce "*ordinamento giuridico*" nel Dizionario dei sinonimi della lingua italiana di Niccolò Tommaseo del 1838 mantenuta anche nelle edizioni successive di Stefano Pietro Zecchini (1848) e di Giuseppe Rigutini (1944). Cfr. N. TOMMASEO – G. RIGUTINI, *Dizionario dei sinonimi della lingua italiana* di N. TOMMASEO, completamente riveduto e aumentato da G. RIGUTINI, Milano, 1944, n. 2561, pag. 594. Il riferimento alla definizione ivi

Tanto per cominciare, certe teorie negano la componente caotica dell'ordinamento giuridico – e ancor prima del diritto – sul fondamento che la società debba essere retta dall'ordine e non dal disordine¹¹⁴.

Il che rinvia all'idea che l'ordinamento sia qualcosa di ordinato (*ordo ordinatus*) e di “ordinativo” (*ordo ordinans*) e che, pertanto, abbia inclinazione a ordinare, regolare, disporre, insomma a realizzare appunto una condizione opposta al disordine¹¹⁵. In più, se l'ordine è il fine a cui l'ordinamento tende e ad un tempo la sua qualità principale, di riflesso esso è anche il fine del diritto. Per questa via, l'ordine diventa valore ed essenza della giuridicità¹¹⁶.

All'opposto rispetto a questa concezione, che rende l'ordinamento somma aritmetica di norme e fa tutt'uno con una visione geometrica del mondo, si colloca l'altra secondo cui l'ordinamento giuridico non è più o non è soltanto ordine ma, semmai, “*disordine entropico*”¹¹⁷.

Pensiero questo che origina dalla presa di coscienza che nella realtà non esiste un ordine preconstituito bensì il disordine dello svolgersi della vita sociale. Talché l'ordinamento giuridico non deve e non può corrispondere ad un ideale di perfezione ma ad un bisogno di adattamento del diritto alla dimensione concreta in cui si

delineata si trova anche in V. FROSINI, v. *Ordinamento giuridico (filosofia)*, in *Enc. del dir.*, 1980, pag. 639.

¹¹⁴F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., specialmente pagg. 95-96.

¹¹⁵F. MODUGNO, *op. cit.*, pag. 679.

¹¹⁶Sul punto cfr. A. G. CONTE, v. *Ordinamento giuridico*, in *Novis. dig. it.*, 1965, pag. 47 ove si rileva anche la valenza dell'ordinamento-ordine come metodo di giudizio per valutare se un diritto è buono.

¹¹⁷V. FROSINI, *op. cit.*, pag. 642.

svolge la vita della società. Pertanto, lungi dal realizzare un archetipo di perfezione ordinata, l'ordinamento riflette il disordine esistente nel quotidiano delle relazioni sociali e delle attività umane. E si configura quale divenire – un “*farsi*” come è stato definito – da intendere nel senso di vero e proprio processo di svolgimento della prassi sociale¹¹⁸.

Così inteso, l'ordinamento è quanto di più lontano si possa immaginare da “*un complesso di norme bell'e fatte*” o da una struttura chiusa in una regolarità, e prevedibilità, aritmetica.

Data la varietà di opinioni, allora, non è affatto scontato che il rinvio all'ordinamento valga a circoscrivere l'alveo dei principi generali entro il perimetro di quel che è espresso dal legislatore.

Prova ne è, del resto, il senso della formulazione dell'art. 12 delle preleggi reso palese nella Relazione al codice civile. In mancanza di indicazioni diverse, da tali notazioni sul significato che la specificazione riferita ai principi generali assume nella previsione codicistica si ricavano le coordinate per interpretare l'uso della locuzione anche nelle altre disposizioni.

Ebbene, come risulta appunto documentato, a proposito dell'espressione ordinamento giuridico dello stato viene in rilievo l'accezione lata comprensiva “*oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'orientamento politico-legislativo statuale e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano comune, ecc.)*”.

Non è quindi al solo diritto positivo che occorre guardare per ricercare i principi generali che operano

¹¹⁸Cfr. F. MODUGNO, *op. cit.*, pag. 734 da cui è tratta anche l'espressione citata di seguito nel testo.

nell'ordinamento, ma a tutto quello che il sistema normativo nel suo insieme sottende.

In questo modo uno spazio è dato pure alla *scientia juris* la quale si vede riconoscere una posizione all'interno dell'ordinamento giuridico se non altro in omaggio al ruolo assunto come elemento, e per certi versi vera e propria fonte, dell'esperienza giuridica del passato trasfusa negli istituti e nelle discipline presenti.

Almeno per associazione di idee, poi, il richiamo alla tradizione suggerisce una reminiscenza della scuola storica. Quasi a voler orientare verso una metodologia giuridica – e dunque un'opera interpretativa – che vada alla “radice” degli istituti, come avrebbe detto Savigny, per disvelarne il significato e la portata attuali¹¹⁹.

Se ci si rifà quindi alla Relazione, anche a prescindere dalla dimensione storica, appare chiaro che la categoria concettuale dei principi generali non sia qualcosa da rinchiudere entro una prospettiva limitata e limitativa. Su questa linea, pure il riferimento testuale all'ordinamento giuridico non può essere di ostacolo alla valorizzazione effettiva delle potenzialità dei principi.

Allo stesso ordine di pensiero va ricondotta la definizione elaborata dalla giurisprudenza costituzionale¹²⁰. E non importa che compaia il riferimento al diritto positivo, perché il significato di questo elemento deve essere desunto dal contesto argomentativo in cui si trova.

¹¹⁹W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Francoforte Sul Meno, 1958, trad. it a cura di P. L. LUCCHINI, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Giuffrè, Milano, 1974, pag. 27.

¹²⁰Corte cost., 29 giugno 1956, n. 6, in *Giur. Cost.*, 1956, Giuffrè, Milano, pag. 586-596.

A rilevare, dunque, è che la Consulta declini i principi generali in orientamenti e direttive e, ad un tempo, nel portato di un'unità logica e sostanziale complessiva.

Così intesi, i principi generali per un verso sono qualcosa che si immedesima a fatica con il diritto positivo *stricto sensu*. E, per altro verso, essi vengono percepiti come entità in grado di esprimere il carattere unitario, lo “*spirito informatore di tutto l'ordinamento*”¹²¹.

Detto questo, se si vuole allora dare un senso al richiamo all'ordinamento giuridico riferito ai principi generali bisogna far leva su un tratto che nulla ha a che fare con l'ambito del “positivo” e riguarda piuttosto l'unità.

Unità che a, ben vedere, traspare come elemento comune alle più diverse teorizzazioni del concetto di ordinamento giuridico.

Infatti, indipendentemente dall'idea che se ne abbia, l'ordinamento rappresenta uno schema unificante vale a dire, per usare il linguaggio dei giuristi romani e specialmente di Livio, un *corpus*.

Di questo aspetto si ha contezza nel *Summa Theologia* laddove si dice che *mundus iste unus dicitur unitate ordinis, secundum quod quaedam ad alia ordinantur*¹²².

Come pure nel *Reine Rechtslehre* nel punto in cui Kelsen fa dell'unità dell'ordinamento un caposaldo della sua definizione di diritto.

E se tanto l'ordine divino dell'ideale tomistico, quanto l'ordinamento normativo di Kelsen si ispirano ad un bisogno di unità, poco cambia che questa unità permetta di vedere “*l'orma de l'eterno valore*” oppure che esprima il fondamento di validità di tutte le norme giuridiche legate da una connessione sillogistica alla norma ultima o

¹²¹Corte cost., *cit.*, pag. 593.

¹²²Tommaso, *Summa theologia*, I, XLVIII, 3.

fondamentale¹²³. In entrambi i casi si tratta di una costruzione escogitata come spiegazione razionale – e in certa misura tranquillizzante – dell'intero universo (diritto compreso) o del solo fenomeno giuridico.

Descrizioni di questo tipo producono - e derivano da – un'astrazione di massimo grado incline non tanto a descrivere il reale come si presenta quanto a disegnarlo come si vorrebbe che fosse o come si crede debba essere per risultare perfetto.

Ma si può celebrare, e così è avvenuto, l'unità dell'ordinamento anche in un modo tutto diverso.

Ad esempio, le teorie inclini a pensare all'ordinamento giuridico come a una entità a sé stante, quando non addirittura a un essere vivente, fanno dell'ordinamento stesso un'unità¹²⁴. Un'unità che non dipende dalle norme o da altro, né tanto meno è conferita dall'esterno con un procedimento artificioso “*di astrazione*”, ma è semplicemente una qualità intrinseca e anzi la proprietà principale di quell'ente reale ed effettivo che è l'ordinamento giuridico.

Quale ne sia il fondamento, certo è che all'unità connaturata o costruita dell'ordinamento concorrono i principi generali. Ora, in guisa di strumenti ordinatori nella geometria del diritto ispirati, a seconda dei casi, alla volontà divina o alle regole della logica e del razionalismo. Ora, invece, quali canali di coesione o anche di “*avvaloramento*” dell'esperienza giuridica che, per quanto

¹²³L'espressione citata naturalmente è di DANTE, *Divina Commedia*, Paradiso, I, v. 106-107. Per il resto, cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Vienna, 1960, trad. it. a cura di M. G. Losato, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1990, pag. 42.

¹²⁴S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946, *passim*. L'espressione citata poco più avanti nel testo compare a pag. 12.

stratificata e caotica, trova in essi le ispirazioni di fondo, o addirittura un patrimonio di valori, a cui restare fedele e ancorata.

Se solo si riflette un poco più a fondo si vede che, seppure la percezione del giuridico cambia e in modo considerevole, i principi conservano un ruolo molto simile che è quello di esprimere le coordinate del sistema, e non importa se questo è un *ordo geometricus* oppure una disordinata amalgama di fenomeni in continuo divenire.

Stando così le cose, ossia riconosciuta ai principi questa caratteristica di essere portatori di unità e meglio ancora di esprimere in questa unità il tessuto assiologico su cui si costruisce l'esperienza giuridica, non vi è proprio necessità di distinguere tra i principi del diritto e i principi dell'ordinamento. Non perché diritto e ordinamento siano la stessa cosa, dato che non sono la stessa cosa. Piuttosto, perché se i principi generali hanno da essere non possono che appartenere all'uno e all'altro.

Conclusione questa necessitata dal fatto che l'ordinamento giuridico partecipa della stessa natura composta del diritto fatta non solo di comandi – o ordini – ma anche della “filosofia” e di quant'altro esprime il senso e l'essenza della giuridicità. Tanto è vero che esso è la “*determinazione reale*” in cui si presenta il diritto¹²⁵.

Ordinamento e diritto sono due sfere concentriche e in questo rapporto l'ordinamento è tutto racchiuso nel diritto sicché non può avere nulla, tanto meno principi generali, che già non sia proprietà del diritto.

¹²⁵Cfr. V. FROSINI, *op. cit.*, pag. 651.

6. Segue: il diritto e la sua formulazione

L'altro profilo da valorizzare cui si è fatto cenno attiene alla differenza concettuale tra diritto ed enunciato legislativo.

Per quanto possa apparire acquisito al pensiero giuridico che il diritto non si risolve nella formulazione lessicale che ne viene data, tuttavia nei fatti – specie quando si tratta di dover risolvere casi concreti - si avverte una generalizzata resistenza a ragionare per categorie che non abbiano immediato riscontro in un ben preciso testo normativo.

Questo atteggiamento spiega in parte – forse in massima parte – le remore con cui si guarda ai principi generali o, comunque, l'eccessiva cautela nel riconoscere ad essi piena operatività nell'esperienza giuridica concreta.

Per contro, la percezione dei principi generali come categoria autonoma del diritto che, in quanto tale produce effetti giuridici, presuppone il superamento di qualsiasi formalismo giuridico.

Addirittura, l'impossibilità di vedere il diritto solo nella norma formulata si manifesta alla sua massima potenza proprio in relazione ai principi generali.

Ma dire che il diritto non si risolve nella sua formulazione non è sufficiente. Piuttosto, occorre prendere coscienza delle ragioni che rendono fallace il *quod non in lege nec in iure*.

Solo che si voglia guardare all'esperienza giuridica in modo realistico, ci si rende conto che il diritto è sempre andato oltre l'enunciazione della regola in qualunque forma. E se anche appare quasi naturale associare idealmente la produzione normativa allo scritto, specie a processo di codificazione avvenuto e nella prospettiva precipua della tradizione di *civil law*, le stesse

considerazioni che si stanno facendo possono attagliarsi ai più diversi contesti giuridici.

Perché esprimere la regola, “ponendola”o limitandosi a “riconoscerla” già esistente nel tessuto di una data società, è soltanto un tassello del più ampio fenomeno giuridico che si realizza in una serie di attività ulteriori senza le quali quella stessa regola e tutte le altre regole “giuridiche” si ridurrebbero a ben poca cosa.

La dimostrazione tangibile di quanto si va qui sostenendo è offerta dalla storica distinzione tra *jus* e *lex*, concetti ontologicamente non sovrapponibili che come tali si sono sviluppati nel corso dei secoli.

Non che *ius* e *lex* della tradizione romana corrispondano alle moderne nozioni di diritto e legislazione. È anche vero però che il diritto e la legislazione odierni hanno avuto origine da quelle categorie storiche, elemento questo che rende accettabile, e anzi suggerisce, di guardare al passato per capire quel che accade oggi. In più, tanto le une come le altre sono prive di una definizione unitaria universalmente accettata. E questo tratto comune le avvicina molto più di quanto le possa distanziare il tempo, oltre a confermare quella costante ritrosia alla fissazione in concetti univoci che sembra caratterizzare il giuridico.

Per evitare troppe complicazioni, è accettabile assumere grosso modo *ius* nel significato di sistema giuridico nel suo complesso e *lex* in quello più limitato di fonte del diritto¹²⁶.

¹²⁶Stando alle teorie più accreditate, *jus* evoca un concetto di diritto in senso lato, tale da comprendere, precetti e istituti che concorrono a formare un “*ordine di vita associata*”. *Lex*, invece, denota un’entità concettuale più limitata che corrisponde, in buona sostanza, alla norma. Per precisione bisogna dire, come insegnano gli studiosi di storia del diritto, che il significato tecnico del termine designa la norma di diritto pubblico, e ciò nondimeno

Ebbene, stando alla romanistica moderna sovrapporre *lex* e *ius* porta a distorcere i tratti dell'una e dell'altro e a confondere una parte con l'insieme.

Non a caso, specie con lo studio del *Codex Juris*, si è consolidata la convinzione che la legislazione imperiale non esaurisse il diritto dell'epoca e che essa lasciasse scoperti taluni anche importanti istituti appartenenti alla realtà giuridica¹²⁷.

Cosa che uno dei massimi studiosi di diritto romano ha giustificato dicendo che “*legislazione e diritto non sono concetti coincidenti*”¹²⁸. Quel che più conta è che tale giudizio assume valore atemporale in quanto nel contesto argomentativo in cui si trova espresso sembra riferito alla legislazione e al diritto di ogni epoca.

Ora, si sa che l'osservazione appena indicata si inseriva in una costruzione teorica incline a fare del diritto un fenomeno composito in cui convergono diversi elementi -

nell'uso anche giuridico si è consolidata l'accezione di *lex* come norma – regola di condotta - di qualunque tipo. Così, nella terminologia romana *lex* è la norma intesa come qualsiasi regola che sia fonte di obblighi. Mentre, l'accezione più prossima al significato moderno di legge è comunemente individuata nell'espressione *lex publica*. Sulle nozioni cfr. A. BURDESE, v. “*Ius naturale*,, (*Diritto romano*), in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, 1963, pag. 384, da cui è tratta la citazione riportata poco sopra; B. BIONDI, v. “*Ius*,, in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, 1963, pag. 375-376; G. LONGO, v. “*Lex*,, in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, 1963, pag. 787-794; P. DE FRANCISCI, *op. cit.* specie pag. 172-173 e pag. 232.

¹²⁷Ad esempio, nel codice di Giustiniano il sistema processuale non trovava compiuta regolamentazione. Cfr. R. ORESTANO, v. *Diritto romano*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, 1960 pag. 1026; IDEM, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1961, pag. 625.

¹²⁸R. ORESTANO, v. *Diritto romano*, *loc. ult. cit.*; IDEM, *Introduzione*, *loc. ult. cit.*

norma, fatto, scienza - ciascuno coesistente all'esperienza giuridica. Prospettiva questa di per sé distante dal concepire il diritto solo come norma.

Ma, evidentemente, la presa di distanza dalla tesi normativistica non è essenziale alla distinzione tra diritto e legislazione dal momento che il riconoscimento di questa differenza è condiviso anche da chi identifica il diritto con la norma.

Un cenno al problema si è già fatto più sopra nel rilevare la varietà degli approcci teorici catalogabili *sub specie* di normativismo. In quella sede, infatti, si è voluto porre in evidenza che dire che il diritto è norma è cosa diversa dal ridurre la dimensione del giuridico entro lo spazio angusto della Gazzetta Ufficiale¹²⁹.

È tempo adesso di approfondire la questione.

Per fare questo, occorre partire da una constatazione preliminare.

La concezione normativistica sia che venga applicata al diritto nel suo complesso sia che venga calata nella prospettiva specifica dei principi generali, non sottintende necessariamente il formalismo giuridico o un atteggiamento fideistico verso la legislazione.

In altri termini, dire che i principi generali sono norme, non diversamente dal dire che tutto il diritto è norma, di per sé non equivale a ridurre la norma all'enunciato linguistico e, neppure, a identificare il diritto nel diritto scritto.

Il punto è che non tutto può essere previsto in legge e anche se in ipotesi fosse possibile – ma non lo è – prefigurare una disciplina positiva completa sotto ogni

¹²⁹In particolare, cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, pag. 813; F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico, cit., passim* e soprattutto pag. 287.

punto di vista, nel momento applicativo quella regolamentazione *perfecta* non basterebbe comunque a se stessa.

Proprio perché le leggi non sono fatte per dare mostra di sé ma per essere applicate, si rende indispensabile una serie di operazioni che vanno al di là della formula e che non possono essere considerate al di fuori del diritto.

Se non si riconoscesse questo, si finirebbe per guardare al fenomeno giuridico come a quelle figurine unidimensionali che non riproducono le forme della realtà ma soltanto dei tratti stilizzati e pertanto servono a dare, tutt'al più, una caricatura delle fisionomie esistenti.

D'altronde, che la legislazione non riesca ad esaurire il diritto è dimostrato dal fatto che se il diritto fosse tutto nelle leggi non servirebbe l'interpretazione, e sarebbe sufficiente dare lettura del testo per avere la regolazione del caso concreto.

Chiunque si avvede del fatto che nemmeno in un sistema imperniato sulla prassi dei *writs* – o delle *actiones* – la formula risolve automaticamente la questione giuridica. Perché sempre occorre interporre qualcosa che trascende la lettera, la formula, il rito.

Se poi si riflette più a fondo ci si accorge che la deriva del formalismo, la sua esasperazione, consiste nel far coincidere il positivo con il giuridico. Talché la positività finisce per costituire il tratto distintivo del vero diritto – se non addirittura del diritto *tout court* – e, il passo è breve, viene confusa con la giuridicità¹³⁰.

In questo modo, il fenomeno giuridico si esaurisce nell'enunciato che promana dalla volontà statale, o di

¹³⁰G. GAVAZZI, v. *Diritto positivo*, in *Noviss. dig. it.*, 1960, vol. V, pag. 988-992.

qualunque altra autorità titolata a “fare leggi”, ossia, in ultima analisi, nella parola in cui quella volontà si esprime. Giuristi di ogni tempo hanno stigmatizzato la visione riduttiva – e riduzionista – del fenomeno giuridico.

Così, se oggi viene denunciata la materializzazione della legge nella carta in cui si trova espressa, nell’antichità era Cicerone che ammoniva a non avere care le parole della legge bensì l’utilità dei rapporti da regolare¹³¹. Né si può escludere che ancor prima del ciceroniano *leges nobis caras esse non propter litteras*, altri abbiano espresso lo stesso disagio verso l’attaccamento all’enunciato linguistico.

E dire che il diritto non si esaurisce nella sua formulazione non vuol dire soltanto che esso non si risolve nella legge ma anche che la legge stessa non si risolve nell’insieme di parole in cui viene formulata.

Con ciò non si vuole disconoscere l’importanza che il linguaggio ha per il diritto. Tra lingua e diritto esiste una correlazione funzionale innegabile che deriva da diversi fattori¹³². A partire dal possesso di tratti in comune quali l’attitudine ad essere modellati dall’uso e la *vis* identificativa per il gruppo sociale. Fino ad arrivare alla capacità di svilupparsi in discorso, anch’essa propria tanto del diritto come del linguaggio. In tal senso, il diritto assume forma compiuta divenendo dialogo tra chi pone le

¹³¹F. CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*; CICERONE, *De legibus*, 2.140 ove si legge: *deinde leges nobis caras esse non propter litteras, quae tenues et obscurae notae sint voluntatis, sed propter earum rerum, quibus de scriptum est, utilitatem et eorum, qui scripserint, sapientiam et diligentiam.*

¹³²D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 673-712.

leggi, chi le applica, chi è tenuto ad osservarle¹³³. Per certe dottrine, poi, il diritto stesso rappresenta una specie di linguaggio con cui si esprimono, appunto, regole giuridiche.

Resta il fatto però, e questo è l'oggetto principale del ragionamento che ci si accinge ad esporre, che il fenomeno giuridico non ha soltanto una dimensione linguistica, non è soltanto *sermo*.

Se il diritto va oltre la legge, allora, la legge a sua volta va oltre la parola scritta.

Del resto, diversi esempi, relevantissimi, sono testimonianza del fatto che spesso è la stessa formulazione letterale a dischiudere il testo giuridico verso significati che presuppongono qualcos'altro rispetto alle parole della legge.

Forse uno dei principali casi che si possono annoverare, almeno per l'elevatezza della materia cui afferisce, è offerto dalla enunciazione costituzionale del principio personalista che così come formulato sussume a diritti inviolabili non solo i diritti individuati come tali nella stessa Costituzione o in altri testi di pari rango nel sistema delle fonti, bensì tutti i diritti cui si ricollegano esigenze primarie della persona indipendentemente dal fatto che si tratti di posizioni giuridiche soggettive solennemente proclamate come inviolabili. Analogamente è a dirsi del principio solidarista, al pari dell'altro enunciato nell'art. 2 Cost. ed elevato tra i “*valori fondanti*” dell'ordinamento giuridico¹³⁴. Anch'esso si pone come una sorta di “*formula riassuntiva*” e in tale veste comprende in sé pure doveri

¹³³F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, pag. 291.

¹³⁴ L'espressione citata è tratta da G. DI COSIMO, *Sub art. 2*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. BARTOLE – R. BIN, Cedam, Padova, 2008, pag. 14.

non espressamente menzionati in Costituzione per quanto da essa indirettamente ricavabili¹³⁵.

In certi casi, dunque, è la formulazione stessa a manifestare il bisogno di non fermarsi alla lettera della legge.

E si potrà pure obiettare che non si opera un rinvio a qualcosa di esterno al diritto positivo fino a quando, come nell'esemplificazione appena fatta, vengono in rilievo categorie – diritti o doveri – che in uno stato di diritto devono comunque trovare riconoscimento legislativo per avere valore giuridico.

Non è questo il punto. Il punto è che configurando i diritti inviolabili e i doveri di solidarietà *sub specie* di catalogo aperto si conferisce copertura costituzionale anche a posizioni che la Costituzione non riconosce nominalmente o almeno in modo esplicito. Con tutte le implicazioni che ne derivano sul piano delle tutele e delle garanzie, visto che situazioni giuridiche soggettive che non sono autonomamente previste in Costituzione finiscono con l'acquisire fisionomia di diritti o di doveri costituzionalmente protetti o sanciti e, pertanto, azionabili come tali.

Per continuare con le esemplificazioni, un'altra significativa attestazione della "trascendenza" della formula è data dalla regola civilistica dell'eterointegrazione contrattuale. Istituito questo che, nell'impianto della disciplina dei contratti tipizzata nel codice civile, è strumento attraverso cui il rapporto giuridico viene sottoposto a elementi di regolazione che, per quanto integrativi di una volontà negoziale

¹³⁵ L'espressione citata è tratta da A. PUGIOTTO, v. *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, vol. X, pag. 246.

validamente manifestata, sono altro dalla specifica regolamentazione privata.

Che si tratti pur sempre di qualcosa già riconducibile al comune intento delle parti non sposta il problema.

Infatti, nel rispetto dei limiti in cui può legittimamente esplicarsi l'autonomia privata e dunque anche nel rispetto delle disposizioni legislative inderogabili, la disciplina contrattuale dovrebbe rappresentare la fonte di regolazione tendenzialmente unica della specifica relazione di interessi che viene in rilievo.

Ebbene, in forza della disposizione codicistica in esame, che per la precisione è contenuta nell'art. 1374 c.c., oltre alla "legge" del rapporto contrattuale delineata nelle pattuizioni negoziali valgono gli obblighi scaturenti da altre fonti. In questo modo, si mette in conto che la formula delle clausole contrattuali possa non esaurire la disciplina del rapporto, e nel contempo si impone di determinare gli ulteriori effetti del sinallagma in applicazione delle regole di volta in volta rilevanti comprese quelle d'equità che dovessero in ipotesi trovare applicazione.

Certo si potrebbe spiegare il fenomeno nei termini di una stratificazione o di una dispersione di disciplina, che renderebbe fisiologica la necessità di ricostruire la regolazione dell'assetto di interessi attraverso la sommatoria di varie disposizioni (contrattuali, legislative, consuetudinarie). Ma la questione appare più complessa. Tanto è vero che specialmente nel richiamo all'equità la formula legislativa si apre – e apre qualsiasi contratto – ad un'espansione potenzialmente illimitata.

Cosa che accade in tutte le ipotesi nelle quali la disposizione testuale si rifà a concetti indeterminati. E questo è un altro ordine di esempi che arricchisce la casistica delle situazioni in cui già dalla formulazione

traspare che la regola di diritto non consiste solo di un insieme di parole.

Ora, se si assumono le definizioni di Engisch, un concetto è indeterminato quando richiede di essere delimitato nella sua portata attraverso una valutazione¹³⁶.

Paradigmatico è il rinvio alle “misure idonee” che costituisce oggetto di determinate attribuzioni conferite all’autorità giudiziaria nell’esplicazione delle sue attività processuali. In tale guisa detto elemento ricorre, tra le altre ipotesi, nelle disposizioni che regolano i poteri cautelari del giudice amministrativo.

Senza perdersi in un’elencazione monotona delle formulazioni legislative imperniate su concetti indeterminati, per tutte è sufficiente ricordare che il ricorso a essi regge uno dei settori nevralgici del diritto dell’economia, e del diritto pubblico dell’economia in particolare, quale è rappresentato dal ruolo e dalle attività svolte dalle Autorità amministrative indipendenti¹³⁷.

La gran parte delle funzioni demandate alle Autorità, infatti, per essere espletata esige di dare concretezza a formule vaghe – concetti indeterminati appunto – cui rinviano le leggi che regolano i diversi settori economici di interesse. Di conseguenza, la capacità ad esercitare tale discrezionalità tecnica, perché di questo in fondo si tratta, è il principale requisito delle Autorità. Tant’è che sull’elevata specializzazione delle rispettive competenze si gioca la legittimazione di queste amministrazioni *sui*

¹³⁶K. ENGISCH, *Einführung in dasjuristische Denken*, trad. it. cit., pag. 175.

¹³⁷Si pensi al concetto di abuso di posizione dominante nel quadro delle prerogative dell’*Antitrust* che è chiamata a dare un contenuto concreto a tale nozione per esercitare i poteri sanzionatori, e più in generale l’attività di vigilanza, che le competono in forza della l. 10 ottobre 1990, n. 287.

generis slegate dal potere politico e dalla soggezione all'indirizzo espresso dall'Esecutivo.

Come a dire che le Amministrazioni indipendenti sono le uniche in grado di compiere certe valutazioni ossia di dare un contenuto di significato a determinati concetti.

Questa non è cosa di poco conto.

Né possono sorgere dubbi sul fatto che il fenomeno delle formule indeterminate utilizzate dalle Autorità sia un fenomeno giuridico. Per avvedersene è sufficiente considerare la natura dei compiti che tramite quei concetti vengono svolti. In tal senso, forse prima ancora delle funzioni normative, sono significativi i poteri sanzionatori che le Autorità esercitano a presidio dell'osservanza delle leggi di settore. Considerata questa specifica funzionalità, l'interpretazione data ai concetti indeterminati, lungi dall'integrare un tecnicismo agiuridico, serve all'Autorità come canone valutativo per giudicare della liceità – che poi è conformità a legge – di una determinata condotta.

Ora, anche senza aderire a quelle correnti di pensiero che fanno della sanzione l'essenza della giuridicità, le sanzioni delle Autorità non possono che appartenere al mondo del diritto dal momento che reagiscono ad un comportamento *contra legem*.

A voler tirare le fila del discorso che si è qui fatto per esemplificazioni, il fenomeno delle formule legislative che si aprono a concetti vaghi e indefiniti e più in generale rinviano ad altro da sé è ampio e trasversale e interessa i più svariati settori di disciplina.

E i casi in cui questo fenomeno si sostanzia sono tutti quelli, per vero numerosi, in cui il diritto positivo si esprime in modo tale da rendere recessiva la formulazione della regola giuridica. Dal che deriva che proprio “per” il diritto e “nel” diritto vi sono regole che sfuggono alla formulazione.

Se è così, allora, appare senza senso negare cittadinanza giuridica a concetti irriducibili in una proposizione scritta quali sono per molti versi i principi generali.

Del resto, la vicenda forse più emblematica della naturale riluttanza dei principi a tradursi in lettera è anche quella che ha permesso di acquisire maggiore consapevolezza intorno al loro valore giuridico e all'essenzialità che rivestono per il diritto.

Ci si riferisce alla questione relativa alla codificazione dei principi generali.

C'è stato un momento nella storia giuridica in cui si è molto discusso della trasposizione scritta dei principi generali. Senza tuttavia che tale opera si realizzasse davvero.

Bisogna intendersi. La formulazione dei principi generali in un testo normativo, la loro enunciazione per legge, non è materialmente impossibile. Tuttavia, un'opera siffatta sconterebbe alcuni vizi d'origine e per questo, a ben vedere, finirebbe per rivelarsi addirittura svalutativa dell'effettività dei principi generali.

Del resto, per procedere a una tipizzazione dei principi generali bisognerebbe prima intendersi sul concetto degli stessi. Senza questo preliminare intervento definitorio sul "cosa" si voglia enunciare, verrebbero a mancare i presupposti necessari a qualsiasi operazione logicamente successiva di ricognizione dei principi generali.

È determinante sapere se a doversi fissare per iscritto sono elementi da desumere con un processo di astrazione dal complesso delle norme vigenti, oppure direttive di politica legislativa prevalenti nella vita istituzionale in un dato momento, o valori etici, come pure sapere se si tratti di tutti questi fattori, di una loro combinazione, o di altro ancora.

Certo, si può tranquillamente accettare che i principi generali restino una categoria indefinita, analogamente a quanto è tuttora, ed è sempre stato, per le componenti principali del fenomeno giuridico e per il diritto stesso.

D'altro canto, però, nel momento in cui si discute della loro enunciazione occorre per lo meno intendersi su un concetto di massima o, comunque, sui criteri da utilizzare ai fini dell'identificazione di ciò che si vuole esprimere come principio generale.

Inoltre, per quanto possa essere astrattamente fattibile la trasposizione scritta dei principi, è difficilmente ipotizzabile addivenire ad un catalogo esaustivo in grado di enunciare tutti i principi generali di diritto vigenti. E ciò anche a voler circoscrivere la cerchia dei principi dotati di rilevanza giuridica entro i confini di una realtà relativamente ristretta come può essere quella data da una nozione formalistica di diritto positivo.

In effetti, non è pensabile l'inventario di tutti i testi normativi vigenti. Sennonché, soltanto un'operazione di questo tipo e di questa portata consentirebbe di elaborare in modo rigoroso un elenco dei principi generali esistenti. Di conseguenza, nell'impossibilità pratica di effettuare un intervento siffatto qualsiasi enucleazione sarebbe parziale e per ciò solo inficiata da un'intrinseca limitatezza.

Questo non perché si ritenga che i principi generali debbano essere un numero cospicuo. Al contrario. Poiché i principi sono "generali" e in quanto tali esprimono le linee essenziali del sistema giuridico devono essere un gruppo limitato. Però, l'esiguità della loro consistenza numerica non giustifica compressioni all'ampiezza della base da cui ricavarli. Naturalmente, si sta ragionando per semplificazioni. Non è che per formare un elenco dei principi generali risulti indispensabile l'analitico esame di qualsiasi disposizione. Tuttavia, i principi non sarebbero

davvero “generali” se fossero enucleati considerando una parte soltanto del diritto e non il suo complesso.

In più, l’identificazione dei principi generali non ha alcun carattere d’automatismo e si concretizza in un’opera intellettuale tale da richiedere un continuo lavoro. L’identità di un principio generale è quanto di più lontano possa immaginarsi da un’etichetta. I principi generali vanno intesi come elementi vivi che subiscono una continua evoluzione in corrispondenza di diversi fattori che con una certa approssimazione anche terminologica possono indicarsi in mutamenti nella produzione normativa, progressi della scienza giuridica, cambiamenti del sentire comune, necessità avvertite dalla compagine sociale.

Così, il divieto di abuso del diritto come è inteso oggi ha implicazioni concrete ben più ampie di quelle che si potevano ipotizzare quando si è iniziato a enucleare il concetto analizzando la disposizione sul divieto degli atti emulativi. E dalla laconica formula utilizzata nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, probabilmente l’unico testo giuridico che menziona il principio come tale, non emergono tutte le potenzialità che esso può assumere, e assume, nello svolgersi concreto dei rapporti giuridici¹³⁸.

Questo chiama in causa anche il *quomodo*, la sostanza, della formulazione ossia in quali termini e con quali contenuti si dovrebbe formulare il principio, se limitarsi a indicarlo nominalmente o arrivare ad una esplicitazione del suo significato.

Senonché, dire troppo sui principi, ossia darne un’illustrazione precisa dei contenuti, finirebbe per ridurre la portata. Si avrebbe un effetto di irrigidimento, in

¹³⁸ Il riferimento è all’art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

contrasto con l'elasticità che denota l'utilità pratica del concetto nella vita del diritto. Indebolito questo tratto qualificante da attribuire ai principi nell'esperienza giuridica, viene meno la loro stessa ragion d'essere.

D'altronde, come pure è stato osservato, i più convinti assertori del valore giuridico dei principi generali sono stati i meno inclini a sostenere l'opera codificatoria¹³⁹. Ciò non sorprende.

Indipendentemente dai contorni della formulazione, il fatto stesso di elencare i principi equivarrebbe ad imprigionare i principi nel diritto scritto.

Soprattutto se si considera che le catalogazioni di principi il più delle volte – o meglio sarebbe dire sempre – si configurano in guisa di carte di valori prive di un'effettiva portata giuridica e ridotte al piano di enunciazioni di principio ove per tali si intendono proclamazioni politiche invece di norme di diritto¹⁴⁰.

Il nodo della questione sta proprio nella differenza tra principi generali ed enunciazioni di principio. In definitiva, allora, la codificazione dei principi generali ammissibile su di un piano astratto e logico è da evitare, non perché essi non possano essere formulati in un testo giuridico, ma perché essi non devono essere ridotti a formule.

Posto che una nomenclatura dei principi finirebbe per snaturarne l'essenza e per svalutarne la funzionalità, non è

¹³⁹In proposito cfr. le osservazioni di F. SANTORO-PASSARELLI, *Riflessioni sulla formulazione legislativa dei principi generali di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, pag. 270-273.

¹⁴⁰In tal senso i principi generali da trasfondere in un codice o, comunque, in legge sono cosa diversa dai “*principi programmatici propri di Dichiarazioni o Carte*”. Cfr. C. JANNACONE, *I principî generali dell'ordinamento giuridico statale enunciabili in un sistema di precetti legislativi*, in *Studi sui principî generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, pag. 281.

tanto una codificazione quella che manca e che occorre, semmai sarebbe utile l'interiorizzazione di un metodo che permetta di utilizzare i principi generali laddove serve.

7. Il senso giuridico dei principi generali

Interiorizzare un metodo si è appena detto.

Se è questo ciò che occorre affinché i principi generali possano essere riconosciuti e operare come categoria del diritto, allora quel che conta è che il pensiero giuridico venga abituato a ragionare per principi e disponga di una tecnica che permetta di farlo *secundum ius*.

Che ciò sia necessario deriva dal fatto che sulla natura dei principi, sulla loro essenza giuridica, non si può dare una soluzione dommaticamente certa¹⁴¹.

Si può concordare grosso modo sulla definizione materiale di principio come elemento fondamentale. Ma la definizione della natura giuridica dei principi può essere concepita solo *per relationem* rispetto alla definizione di diritto che si assume. Talché, a seconda di come si intende il diritto si stabilisce se i principi generali ne fanno parte.

Resta il fatto che per assegnare una dimensione giuridica ai principi generali occorre riconoscerne elementi utili al diritto e tali da armonizzarsi con esso.

¹⁴¹ Volutamente si utilizza un'espressione molto simile a quella che si trova in R. RESTA, *La «legittimità» degli atti giuridici*, cit., pag. 47, a indicare la necessità che la scienza giuridica curi costantemente l'adeguamento e la rivisitazione dei concetti rilevanti per il diritto. Ciò al fine di favorire l'evoluzione degli strumenti giuridici in vista della realizzazione della giustizia o, almeno, di quanto vi sia di più prossimo.

Non che questo equivalga sempre ad attribuire valore giuridico ai principi generali. Anzi, si può ritenere che i principi generali svolgano una precisa funzione nella realtà giuridica, eppure escluderli dal campo del diritto.

È la posizione espressa nella *Allgemeine Theorie der Normen* in rapporto ai principi che - nella terminologia kelseniana - “influenzano” la produzione normativa. Principi che sono giuridici soltanto perché enucleati dalla scienza giuridica ma non sono diritto perché non sono norme¹⁴².

Analogamente, stando alle categorie di Carnelutti i principi sono altro dal diritto pur rivestendo un ruolo indispensabile al diritto stesso, proprio come la materia è altro dal prodotto finito. Principio è qualcosa di intermedio tra il diritto, da una parte, e l’etica e l’economia dall’altra¹⁴³.

Ma se anche l’utilità dei principi non vale di per sé ad asseverarne in assoluto l’appartenenza al diritto, essa rimane comunque la preconditione per pensarli come istituto giuridico. Per essere diritto i principi devono servire al diritto.

¹⁴²H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Vienna, 1979, trad. it. di M. TORRE, *Teoria generale delle norme*, a cura di M. G. LOSANO, Einaudi, Torino, 1985, specialmente cap. XXVIII, ove però sembra che siano presi in considerazione soltanto i principi della morale, della politica, e del costume. L’opinione di Kelsen sul valore giuridico dei principi contrasta con quella espressa da Esser nel *Grundsatz und Norm* (Principio e Norma) del 1956. Sul punto ancora H. KELSEN, *Allgemeine Theorie*, trad. it., loc. ult. cit.

¹⁴³F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pagg. 147-148. Questa opinione si associa alla concezione di giuridicità come comando, ma non sembra essere stata sempre seguita dall’Autore. Anzi, in altro suo scritto si afferma che “il diritto è molto più nei principi che nelle leggi”, cfr. IDEM, *Bilancio del positivismo giuridico*, cit., pag. 292.

Che i principi siano non soltanto utili ma addirittura un fattore di miglioramento del diritto si radica nell'idea che il diritto sia qualcosa che sta prima e oltre la norma.

In tale prospettiva ciò che fa dire che i principi non indeboliscono il diritto ma lo rafforzano è la constatazione della loro attitudine a costruire collegamenti tra disposizioni giuridiche e istituti. E questi collegamenti incrementano l'effettività delle norme positive perché ne consentono, ove possibile, la considerazione sistematica anziché lasciarle ad operare isolate¹⁴⁴.

Su questo piano, i principi contribuiscono all'edificazione del cd. "*ordine positivo*" che per la "*natura delle cose*" non riesce da solo a calarsi nella realtà quotidiana della sterminata congerie dei "*rapporti di vita*"¹⁴⁵. Così essi intervengono a rafforzare l'efficienza del diritto positivo accrescendone la capacità concreta di regolare la convivenza civile.

Allora, se davvero serve un metodo per riconoscere valore giuridico ai principi questo ha quale prima, forse unica regola, proprio quella che deriva dalla chiave "utilitaristica" di cui si sta trattando.

Ciò nel duplice senso teorico e pratico, quella doppia anima che Savigny riconosceva insita nella natura stessa del diritto¹⁴⁶.

¹⁴⁴In proposito cfr. V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale e diritto pubblico positivo*, in *Diritto pubblico generale, Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954, pag. 116.

¹⁴⁵Al riguardo cfr. G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, specialmente pag. 81 e anche in *Studi sul diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, vol. I, specialmente pag. 260.

¹⁴⁶F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, trad. It., cit., pag. 10. Cfr. anche R. ORESTANO, *Edificazione e*

Si ricorre ai principi, dunque, per “*meglio studiare e più sicuramente applicare le norme positive*”¹⁴⁷.

Sul versante applicativo, l’apporto dei principi si estrinseca nel dare una regolazione a ciò – i fatti – che non rientra nel campo coperto dalla *lex posita*¹⁴⁸.

È questa la loro funzione integrativa variamente qualificata come autointegrazione o eterointegrazione a seconda che nei principi si riconosca una categoria giuridica oppure extragiuridica. Questione questa che porta lontano, e in profondità, chiamando in causa la concezione di ordinamento giuridico come sistema completo che trova in sé tutte le risposte. Oppure come sistema inconcluso e aperto che si perfeziona, si completa, attingendo le soluzioni che gli servono dall’esterno, ossia da qualcosa che è altro da sé. Qualcosa che sta prima e comunque sta fuori il complesso normativo esistente.

Si tratta di due visioni contrapposte che corrispondono a una diversa percezione del giuridico.

Questo diverso modo di sentire si riverbera sul problema delle lacune e sulla possibilità stessa di ammetterne l’esistenza all’interno del sistema positivo.

Se si assume il valore giuridico dei principi generali, come fa Zitelmann che vede in essi la parte essenziale dell’ordine giuridico, allora tendenzialmente si esclude che il diritto possa avere dei vuoti¹⁴⁹. Perché qualunque caso della vita che non sia regolato dalla legge scritta è ciò nondimeno riconducibile ai principi generali. In

conoscenza del ‘giuridico’ in Savigny, tre motivi di riflessione, in Quaderni Fiorentini, 1980, specie pag. 24.

¹⁴⁷ Ancora V. E. ORLANDO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁸ Sul punto G. GUARINO, *Il Presidente*, cit., pag. 970.

¹⁴⁹ Sul pensiero di Zitelmann cfr. E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, cit., e anche K. ENGISCH, *Einführung*, cit., trad. it., cit. pag. 221 testo e nota 6.

quest'ordine di idee, dunque, le uniche lacune che possono concepirsi sono quelle legislative, mentre il sistema giuridico nel suo complesso ne è privo proprio per via dei principi.

Ma se anche la completezza restasse ad un livello di principio di ragione, quello che nel pensiero kantiano equivale a un'aspirazione ideale, i principi generali non cesserebbero di avere un ruolo giuridico dato che proprio il diritto ne fa strumenti effettivi dell'esperienza giuridica¹⁵⁰.

E non è tanto per ragioni filosofiche che ci si interroga se quella dei principi sia un'azione interna o esterna alla sfera giuridica.

Tutt'altro. Semmai, si indaga sul loro valore principalmente per comprendere la qualità del contributo che essi vengono a dare alla pratica del diritto. Detto questo, quel che appare è che essi migliorano il sistema giuridico perché senza il loro apporto le norme positive non funzionerebbero, nel senso che non sarebbero sufficienti da sole a soddisfare i bisogni di regolazione che si pongono nella realtà.

Questo vale sul piano pratico, lo si è visto, in tutti quei casi in cui lo *ius scriptum* non c'è o non basta.

Non meno importante, però, si rivela l'apporto culturale dei principi.

Tanto è vero che attraverso i principi generali si sono studiate le norme giuridiche.

Viene in rilievo soprattutto l'analisi delle cd. norme programmatiche inserite in Costituzione, analisi che ha

¹⁵⁰ In proposito K. ENGISCH, *op. cit.*, pag. 255 che argomenta richiamando un passo della *Kritik der reinen Vernunft* (Critica della ragion pura). Cfr. anche I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, II ed., 1887 trad. it. a cura di P. CHIODI, *Critica della ragion pura, Dottrina trascendentale degli elementi*, parte II, libro II, sez. VIII, pag. 424-429.

permesso di chiarire quale sia il valore giuridico del testo di legge che occupa il vertice nella gerarchia delle fonti¹⁵¹.

A ragionare sulle norme programmatiche pensando ai principi generali è stata anche la giurisprudenza costituzionale. Ciò fin dalla prima sentenza del 1956 nella quale vennero in certo modo stabiliti i contorni del sindacato di costituzionalità, quel “*nuovo istituto*” che seppur previsto dalla legge, e del più altro grado, rimaneva ancora incerto sotto molti profili¹⁵².

Talché, nel definire il diverso atteggiarsi delle norme costituzionali e soprattutto i loro effetti sulle disposizioni poste da fonti sottordinate, il riferimento ai principi è servito a indicare “cosa” possa essere assunto a parametro di illegittimità. Questo non nel senso di decretare

¹⁵¹ Al riguardo viene in rilievo la ben nota distinzione dommatica tra norme programmatiche e norme precettive. Le une, quelle programmatiche, non suscettibili di applicazione immediata e destinate a trovare effettiva attuazione solo tramite un ulteriore intervento normativo che ne specifichi il contenuto concreto. In questo senso esaurirebbero i loro effetti come direttive rivolte al legislatore. Le altre invece, quelle precettive, dotate di effettivo “valore cogente” e dunque direttamente applicabili senza necessità d’integrazione. Una delle principali ricadute di questa distinzione ha riguardato la diversa posizione riconosciuta alle norme costituzionali rispetto alla legislazione precedente. Soltanto alle norme precettive è stato riconosciuto effetto abrogativo delle disposizioni previgenti con esse contrastanti. Non così alle norme programmatiche. La questione è stata affrontata nel giudizio costituzionale deciso con la sentenza 1/1956. In dottrina, cfr. Dibattito *sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.* 1956, pag. 261-271.

¹⁵² Il riferimento è alla sentenza costituzionale 14 giugno 1956, n. 1, in *Giur. cost.*, 1956, pag. 1-10. L’espressione citata si trova a pag. 6.

l'irrilevanza di tutto ciò che non esprime principi generali. Ma nel diverso significato di riconoscere valore a quegli enunciati normativi – quelli appunto che formulano principi oppure indicano obiettivi - non direttamente rivolti a regolare determinati ambiti materiali di disciplina.

Ragionare per principi ha dunque consentito di difendere gran parte del contenuto della Costituzione di fronte al rischio di una quasi scontata inosservanza.

Non che in questo modo si sia veramente contrastata la tendenza a sminuire la natura cogente del testo costituzionale, visto che non osservanza, mancata attuazione, prassi distorsive e *contra constitutionem* sono stati fenomeni della realtà storica¹⁵³.

D'altronde, nemmeno si può negare, però, che riconoscere nelle norme programmatiche dei criteri attraverso cui vagliare la conformità costituzionale delle leggi è valso ad affermarne la piena ed effettiva giuridicità. E questo non avrà avuto risonanza immediata sul piano della prassi applicativa ma ha senz'altro contribuito a creare le premesse perché si cominciasse a guardare davvero alla Costituzione come a quella fonte del diritto che sovrasta tutte le altre.

Dal canto suo la dottrina, almeno quella propensa a valorizzare la *vis normativa* delle disposizioni costituzionali e, pertanto, il loro essere diritto a tutti gli effetti, del pari si è avvalsa – anche - dei principi generali per indagarne la giuridicità.

Questo è avvenuto soprattutto perché le norme programmatiche per eccellenza all'interno della Costituzione sono quelle che esprimono principi generali. Talché, sebbene si tratti di concetti diversi è stato quasi

¹⁵³In proposito cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 257-258.

naturale per la *scientia iuris* tracciare una stretta connessione tra le une e gli altri¹⁵⁴.

In quest'ordine di idee si è sostenuto che la natura giuridica delle norme costituzionali, comprese appunto quelle enunciative di principi, è di determinare un dover essere – il *sollen* kelseniano – “*di qualche cosa in una certa maniera e non in un'altra*”¹⁵⁵. Precetto questo che non è un *minus* rispetto a quelli formulati in altre disposizioni e, al pari di essi, vale a stabilire limiti di condotta. Tale valore vincolante, in particolare, concorre a dirigere l'ordinamento e l'azione di tutti i soggetti che lo compongono, a partire dagli organi investiti dei pubblici poteri, verso la realizzazione degli scopi cui tende l'ordine costituzionale¹⁵⁶. Riconoscere efficacia giuridica anche a questo tipo di enunciati, ed in misura non minore in confronto alle altre norme costituzionali, è condizione per accogliere appieno il significato del *pactum societatis* formalizzato nel testo unitario e complessivo della Costituzione.

Tutto questo, nel contempo, sottende un concetto di giuridicità che è altro dall'identificazione in una data struttura dell'enunciato prescrittivo.

E forse uno dei migliori risultati che l'analisi delle norme attraverso i principi produce sta proprio nella percezione del diritto come di qualcosa che non può ridursi, o almeno non tutto, allo schema caratteristico della norma

¹⁵⁴V. CRISAFULLI, *Efficacia delle norme costituzionali programmatiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, specialmente pag. 360.

¹⁵⁵Si tratta di un'osservazione di A. AMORTH, *Il contenuto giuridico della Costituzione*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Modena*, Modena, 1946, pag. 20.

¹⁵⁶Cfr. V. CRISAFULLI, *Efficacia*, cit., specie pag. 372-373.

privatistica. La quale tende a regolare “*un rapporto della vita sociale*”, nel senso che opera in relazione ad un determinato tipo di rapporto¹⁵⁷. Proprio quello, di quella data specie, e non altri.

Ad osservare la realtà del panorama normativo, invece, e qui sta il punto, si ha chiara la prova che esistono disposizioni che non rientrano per nulla in tale modello. Talché, l'inquadramento particolarista, che fa risiedere la giuridicità nella pretesa corrispondenza tra norma e rapporto regolato, non riesce ad afferrare l'intera fenomenologia delle prescrizioni esistenti. È il caso, tra gli altri, della norma costituzionale che impone il giudice naturale precostituito per legge, come pure delle disposizioni che fissano delle garanzie per tutelare i consociati e i loro interessi a fronte dell'esercizio dei poteri pubblici¹⁵⁸.

L'esistenza di queste disposizioni indica che il diritto si compone anche di enunciati i quali si richiamano a categorie concettuali che, come i principi generali, si riferiscono non a uno ma a una serie tendenzialmente infinita di rapporti.

Ebbene, o si tratta di disposizioni *inutiliter datae*, del tutto irrilevanti. Oppure, come sembra probabile anche per l'importanza dei beni che quelle disposizioni regolano, il valore giuridico non dipende – non può dipendere - dalla riferibilità del precetto a un determinato rapporto. Questa sembra la soluzione da preferire anche perché è la più plausibile.

¹⁵⁷ Ancora A. AMORTH, *Il contenuto giuridico della Costituzione*, cit., pag 19-20.

¹⁵⁸ Gli esempi citati e altri si trovano in A. AMORTH, *Il contenuto giuridico della Costituzione*, loc. ult. cit.

Nulla, infatti, e certamente non il diritto scritto, fa della norma, specie privatistica, nell'accezione testé indicata il prototipo della norma giuridica.

Vi sono tanti tipi di norme, se ne è già parlato. Nella varietà l'unico elemento che davvero non può mancare è l'attitudine a produrre effetti rilevanti per il diritto. Attitudine che poi si estrinseca nella capacità di indicare il “*dover essere*” a cui conformare i comportamenti. Cosa che, nella teoria di Amorth, ad esempio, e per le ragioni appena viste, è un *proprium* dei principi in sé, come delle norme che li esprimono.

Ma non è solo rispetto alle norme che il sapere giuridico si è arricchito tramite i principi.

Altrettanto rilevante è stata l'applicazione teorica dei principi generali allo studio delle fonti del diritto.

Quella delle fonti del diritto è una delle materie più controverse e incerte nella dottrina giuridica, non meno di quanto lo sia il concetto di principi generali. E, di fatto, l'approfondimento teorico delle une e degli altri si è spesso intrecciato nell'opera degli studiosi¹⁵⁹.

Jeanneau, ad esempio, ha dedicato al tema gran parte dei suoi *principes généraux*¹⁶⁰. Fino al punto di configurare

¹⁵⁹ Il principale riferimento è a Crisafulli. Oltre ai contributi sui principi generali, cfr. V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, pag. 775-810; IDEM, *La legge regionale nel sistema delle fonti*, *ibidem*, pag. 262-289; Lezioni, cit., specie pag. 35-36. Cfr. Anche F. MODUGNO, *La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Vezio Crisafulli*, in *Giur. cost.*, 1994, pag. 487-532; A. D'ATENA, *Teoria delle fonti, teoria dell'atto e problematicismo nel pensiero di Vezio Crisafulli*, *ibidem*, pag. 533-551.

¹⁶⁰B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, préface de M. Jean Rivero*, Parigi, 1954.

nei principi stessi una fonte di diritto autonoma¹⁶¹. Quindi, non semplici strumenti di indagine attraverso cui rivisitare la teoria delle fonti, ma fonti a loro volta.

La tesi è stata criticata soprattutto da chi ne ha percepito l'incoerenza rispetto all'affermazione che lo stesso Autore fa circa la cedevolezza dei principi di fronte a disposizioni di legge – norme espresse – che in modo manifesto contrastino con essi¹⁶².

Tuttavia, la costruzione di Jeanneau non sembra affatto contraddittoria, o almeno non sotto questo particolare profilo¹⁶³.

Inserire i principi nella sistematica delle fonti significa considerarli una categoria concettuale dotata di effettivo valore giuridico. Questo, da un punto di vista logico, si

¹⁶¹B. JEANNEAU, *Les principes généraux*, cit., pag. 249.

¹⁶²B. JEANNEAU, *Les principes généraux*, cit., specie pag. 171. L'analisi critica è formulata nella recensione di F. FRANCHINI, *Benoit Jeanneau, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Paris (Editions du Recueil Sirey) 1954, p. 287*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pag. 589-592.

¹⁶³ Difficile, invece, conciliare questa subordinazione dei principi alla norma espressa contraria con l'affermazione della loro superiorità gerarchica rispetto alla legge. L'Autore assegna ai principi una superiorità materiale e alla legge una superiorità formale, e questo in un sistema normativo incline a privilegiare “*le point de vue formel*” spiegherebbe il necessario arretramento dei principi di fronte alla legge. Se ben si interpreta il pensiero dell'Autore, è come se ai principi si dovesse riconoscere una preminenza per così dire concettuale e ontologica e, però, in quanto non strutturata in un testo, destinata a cedere di fronte alla lettera della norma. Questa che sul piano teorico è una tesi suggestiva, rischia tuttavia di indebolire un po' la rappresentazione dei principi come fonte, perché sembrerebbe collocarli in una dimensione metagiuridica o pregiuridica. Cfr. B. JEANNEAU, *Les principes généraux*, cit., pag. 170-171.

concilia con l'idea che ad essi si possa, e si debba, ricorrere solo in determinate condizioni e sempre che il loro operare non collida con “*la volonté clairement manifeste du législateur*”¹⁶⁴.

A ben vedere, è lo stesso pensiero di chi guarda ai principi come “*a una fonte supplementare e complementare della legge positiva*”¹⁶⁵. Una fonte di diritto preordinata a dare regolazione giuridica a quanto è situato nello spazio lasciato scoperto dalle norme positive. E ciò sia nei casi in cui il silenzio del diritto “posto” corrisponda a una falla del sistema, una lacuna. Sia nei casi in cui, invece, si tratti di un ambito materiale che l'ordinamento ha consapevolmente riservato al dominio dei principi generali.

Comunque, nell'uno come nell'altro ordine di ipotesi, i principi fungono da strumento inclusivo ed espansivo insieme. “Inclusivo” di fattispecie che, non considerate dal sistema positivo, o edittale come lo definisce Guarino, proprio tramite i principi vengono attratte all'orbita di ciò che ha disciplina giuridica. “Espansivo” del diritto che si avvale dei principi per raggiungere i “fatti” ai quali non arriva, o non può arrivare, con regole d'altro tipo.

Se è così, in definitiva i principi regolano dei casi in modo non diverso dalle norme di diritto positivo. Possono essere diverse le situazioni giuridicamente rilevanti in cui le due categorie operano, ma sul piano qualitativo la loro azione è identica e consiste nel prescrivere una condotta. Non solo, però. Perché a ben vedere i principi finiscono anche per produrre norme che si applicano in luogo delle norme

¹⁶⁴ L'espressione è di B. JEANNEAU, *Les principes généraux*, pag. 171.

¹⁶⁵ F. ORESTANO, *Ancora dei «principi generali di diritto»*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1924, pag. 272.

positive. E in questi termini essi svolgono la funzione di fonte.

Non fonte legale o formale, del tipo di quelle elencate nelle preleggi. Ma fonte *extra* legale o non formale come ce ne sono diverse in quel “complesso rapsodico” che è l’insieme, più che il sistema, delle fonti¹⁶⁶.

Considerato che in qualsiasi ordinamento la produzione normativa non è mai solo qualcosa di chiuso in forme tipiche, per realismo, prima ancora che per ragioni teoretiche, si deve ammettere – come del resto fa la dottrina – che nella concretezza delle vicende giuridiche abbiano a manifestarsi fenomeni di carattere normogenetico estranei alla classe delle fonti legali. A questo riguardo, le trattazioni specialistiche descrivono le ipotesi in cui le regole da utilizzare per risolvere un caso vengono determinate “*all’atto*” della decisione, nel senso che sono “*prodotte*” proprio in quel momento¹⁶⁷. Se, da un lato, ciò avviene per la necessità di dare soluzione giuridica a questioni non contemplate da norme poste da fonti tipiche. Dall’altro lato, si tratta di un’opera creativa per niente precaria, dato che le regole così enucleate, se ripetute nel tempo, sono destinate a stabilizzarsi.

Poiché tale è il funzionamento – anche - dei principi generali, una volta ammesso che si tratta di un modo di produrre diritto, si dovrebbe per logica conseguenza riconoscere nell’applicazione dei principi, e nei principi stessi, una fonte giuridica.

¹⁶⁶ In merito a che le fonti non compongano propriamente un sistema inteso come insieme ordinato cfr. F. MODUGNO, v. *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. pubb.*, Aggiornamento 2010, pag. 249, ove è proposta una “*visione rapsodica*” della materia.

¹⁶⁷ F. MODUGNO, *Fonti*, cit., pag. 201-202.

Certo tutto questo non vuol dire obnubilare le difficoltà che sul piano dogmatico possono profilarsi nell'intendere i principi come "fonti".

Residua sempre da capire, tra le altre cose, da quale autorità i principi traggano titolo e con quale autorità, poi, possano agire nel diritto. Il che chiama in causa l'origine, specie il procedimento di formazione dei principi, e la posizione giuridica che essi occupano, la loro portata effettuale. "*Genesi e sostanza*", quindi, per usare la formula di un noto testo dottrinale¹⁶⁸.

E proprio in rapporto a questi due profili d'indagine si percepisce quanto importante sia il ruolo dello studio nella vita dei principi generali.

Sul piano genetico non può stabilirsi *a priori* come si determinano i principi.

Non è tanto un problema di derivazione tra principi e norme positive. Cosa sia *prior* e cosa *posterior*. Se si parta dalle norme per desumere i principi in via di astrazione generalizzatrice. O se all'inverso, si parta dai principi per costruire le norme. Perché se è vero che i principi si ricavano dal complesso del diritto che opera in un dato ordinamento, è anche vero però che in quel complesso non ci sono soltanto norme positive.

Finora non è riuscito di procedimentalizzare la "scoperta" dei principi generali. Anche i *procédés d'élaboration* di Jeanneau, tra gli altri, nel richiamarsi alla natura delle cose o alle aspirazioni latenti nella coscienza comune

¹⁶⁸ M. S. GIANNINI, *Genesi e sostanza dei principi generali del diritto*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Giuffrè, Milano, 1996, tomo II, pag. 901-906, ove è messo in evidenza il ruolo dello "studio giuridico" nell'origine dei principi generali.

comportano attività di cognizione e di valutazione che non si prestano ad essere strutturate in procedimento¹⁶⁹.

Peraltro, nemmeno sembra possibile stabilire un “procedimento” preciso. Di ciò sono cause concomitanti, da un lato, la complessità del fenomeno giuridico e, dall’altro lato, l’indeterminatezza della categoria concettuale dei principi. Fattori che impediscono di dire come procedere senz’altro, e rendono l’opera di individuazione largamente “intuitiva”¹⁷⁰.

Va da sé che si parla d’intuizione e non di arbitrio. E per quanto indefinito possa essere il concetto di principi generali, affinché possa intendersi come categoria dotata di rilevanza giuridica deve necessariamente trattarsi di qualcosa che non si estrania dal diritto di un dato ordinamento. Qualcosa che per definizione non può contraddire il sistema giuridico in cui si inserisce¹⁷¹.

Ciò, oltre a rilevare ai fini dell’individuazione di quel che può essere principio generale, indica altresì quale ne sia la posizione giuridica. Per essere principi generali che operano in un dato ordinamento non possono corrispondere a interpretazioni particolari, forzature,

¹⁶⁹ Sui quattro tipi di procedimento cfr. B. JEANNEAU, *Les principes généraux*, cit., pag. 123 e ss. In sintesi: generalizzazione a partire dai testi normativi; indagine sullo spirito di un testo o di un insieme di testi; enucleazione dell’essenza delle istituzioni o della natura delle cose; ricerca delle aspirazioni latenti che appartengono alla coscienza popolare (testualmente “*conscience nationale*”).

¹⁷⁰ Sull’intuizione nel processo di enucleazione dei principi generali cfr. S. BARTOLE, v. *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXV, 1986, pag. 523. Quanto al valore che l’intuizione assume ai fini della ricerca della norma da applicare al caso da risolvere cfr. F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo*, cit., pag. 295.

¹⁷¹ In proposito, G. DEL VECCHIO, *Riforma del codice civile e principî generali del diritto*, cit., specialmente pag. 274.

distorsioni del dato normativo o del comune sentire che contraddistingue l'esperienza giuridica di riferimento.

Pensare giuridicamente “ai” principi delineandone il concetto a partire dal processo di enucleazione, e pensare giuridicamente “per” principi applicandoli in concreto sono attività intellettuali, interpretative. Allora, serve “*un abito dell'intelletto*” che permetta di individuare a cosa dare veste di principio e come usarlo in senso giuridico¹⁷². E dato che per fare questo non si può procedere a caso, ecco spiegata l'importanza di acquisire il metodo di cui si diceva all'inizio.

Poiché un metodo, o una tecnica che sia, presuppone un sapere necessario a realizzare qualcosa, applicato ai principi generali si declina nella padronanza di un patrimonio culturale tale da consentire di ricorrere ad essi non per eludere il diritto positivo ma per migliorarlo¹⁷³.

Se è così la dimensione che i principi generali assumono nel diritto si rivela essenzialmente attraverso la tecnica giuridica. E per tale si intende, in linea con la dottrina metodica, quella parte della scienza giuridica che è deputata a favorire il progresso e lo sviluppo del diritto, e indica la via (*hodós*) da seguire nella pratica sia normativa sia interpretativa.

Ebbene, i principi si calano in entrambe queste partizioni dell'attività giuridica e operano in senso costruttivo articolando nessi e legami a partire dalle norme esistenti, senza possibilità di una ricerca libera, sciolta dal sistema giuridico di riferimento.

¹⁷² L'espressione citata compare nella definizione di “metodo” inserita nel Vocabolario degli accademici della Crusca, V ed., 1863-1923, vol. X, pagg. 185-186.

¹⁷³ G. SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, *Riv. dir. civ.*, 1927, pagg. 225-251.

Riconoscere, prima, e poi usare i principi attraverso la tecnica non significa svalutare la loro portata autonoma e relegarne il valore giuridico solo su un piano esegetico. Quasi che la tecnica valesse ad annientare gli effetti giuridici dei principi generali.

Al contrario, i principi restano quello che sono e la metodologia permette di ottimizzarne la funzionalità giuridica.

Il senso giuridico dei principi, dunque, diventa questione di metodo.

Come a dire che la rappresentazione piena di cosa i principi generali siano nell'esperienza giuridica non dipende solo dalle concettualizzazioni teoretiche bensì, anche, dall'empirismo della tecnica che dà la misura del "se" e del "come" essi riescano a valorizzare il diritto che si pone e che si applica.

Capitolo III

I principi generali e la produzione normativa

1. Lo stato della produzione normativa

Qualunque ruolo i principi possano svolgere rispetto alla produzione normativa, perché si tratti di un apporto utile all'esperienza giuridica deve tradursi in un contributo concreto alla qualità e al buon funzionamento del diritto positivo.

Tutto sta a vedere dunque se i principi hanno la capacità effettiva di rimediare a quelli che da sempre rappresentano i fattori di indebolimento della legge e degli atti normativi in genere.

Nel dire questo si dà per assunto che il complesso normativo abbia bisogno di essere migliorato. Ma è una presa di posizione che ci si può permettere considerato che ha il supporto delle testimonianze di ogni epoca.

Da Cesare che avvertiva il bisogno di una raccolta di quella "*immensa diffusaque legum*" che governava il sistema imperiale, al giudizio di Tacito sui rovinosi effetti

che le *plurimae leges* hanno per la stabilità dello stato¹⁷⁴. E ancora, dalla suggestiva descrizione delle *gride* che si susseguono senza sosta e senz'altro effetto che tormentare i giusti, all'addolorato rimprovero rivolto ad un sistema giuridico fatto di leggi che mutano di continuo e di *provvedimenti* che non resistono che pochi giorni¹⁷⁵.

Fino all'obiettiva e contemporanea constatazione della "accentuata difficoltà" in cui versa la produzione delle fonti, specie in rapporto alla "quasi continua trasformazione nel tempo" di talune normative¹⁷⁶.

Stando alle cronache e alla letteratura, e soprattutto stando ai discorsi istituzionali, la condizione naturale dell'esperienza giuridica quindi è di essere in una situazione di disagio ossia in "crisi", e di manifestarlo nella qualità del diritto positivo.

Nello stato moderno la crisi è soprattutto crisi della legge e del suo primato. Come contraltare a una certa "legolatria" imperante che dalla Rivoluzione francese in avanti ha

¹⁷⁴ Cfr. T. SVETONIO, *De vitae Caesarum, Iulius*, l. I., 44; TACITO, *Annales*, III, c. XXVII. Probabilmente l'interpretazione letterale più precisa del passo di Tacito è nel senso che la pluralità delle leggi è "indizio ... della rovina degli Stati". A rilevare, comunque, è la considerazione negativa che l'autore latino esprime in merito alla moltitudine di leggi. L'espressione citata che spiega il significato delle parole di Tacito è di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, nuova ed. riv. con i saggi di G. CAPOGRASSI, P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI, P. FEDELE, a cura di G. ASTUTI, Giuffrè, Milano, 1968, pag. 77-78.

¹⁷⁵ Cfr. A. MANZONI, *I promessi sposi*, specialmente cap. I e III; DANTE, *La Divina Commedia, Purgatorio*, VI, vv. 142-147.

¹⁷⁶ Cfr. Relazione del Presidente Ugo De Siervo sulla giurisprudenza costituzionale nel 2010, *Incontro con la stampa*, 10 febbraio 2011, pag. 4, consultabile sul sito istituzionale della Corte costituzionale.

preteso di accentrare la produzione normativa nell'attività del legislatore¹⁷⁷.

Non è più esattamente così, e se si parla ancora di crisi della legge è perché si pensa alla legge come simbolo del diritto scritto in generale, dato che ormai è la produzione normativa tutta, ciò che per Santi Romano è diritto volontario, a trovarsi in grande affanno.

A ben vedere, tale affanno, tale condizione di persistente difficoltà in cui lo stato del diritto formulato versa da sempre deriva da un'altra e “*perpetua crisi*”, che è quella della realtà umana¹⁷⁸.

Così, la crisi del diritto non si manifesta da sola. Essa si inserisce in un fenomeno più ampio che riguarda prima di tutto l'esistenza, e con essa i valori e le strutture che involgono la società¹⁷⁹.

In questi termini, allora, la crisi del diritto è un profilo della crisi della civiltà, precisamente ne è “*l'aspetto giuridico*” nel senso che rappresenta l'impatto che la crisi di civiltà ha sull'ordinamento¹⁸⁰.

E a risentirne è anzitutto la produzione normativa che nel tentativo di regolare il “*travaglio*” della vita, almeno negli

¹⁷⁷ L'espressione citata è di P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quad. fior.*, 2001, pag. 498. Sulla “*idolatria del legislatore*” come pregiudizio della giurisprudenza cfr. G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1926, pag. 385.

¹⁷⁸ Sul punto cfr. G. DEL VECCHIO, *La crisi della scienza del diritto*, in *Studi sul diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, vol. I, pag. 167 da cui è tratta l'espressione citata nel testo.

¹⁷⁹ Cfr. S. PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica*, in *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, Saggi, Giuffrè, Milano, 1951, pag. 691.

¹⁸⁰ Cfr. F. CARNELUTTI, *La crisi del diritto*, in *Giur. it.*, 1946, parte IV, c. 66.

aspetti di cui il diritto può interessarsi, degenera in ipertrofia¹⁸¹. Fino ad assumere le sembianze e la consistenza di quella che in economia si chiama inflazione monetaria a designare l'aumento dei prezzi e il concomitante declino del potere d'acquisto¹⁸². Solo che ad aumentare non sono i prezzi ma le leggi e a indebolirsi non è il potere d'acquisto ma l'autorità del sistema normativo. Emerge così una devianza che investe due versanti. Quello quantitativo che concerne la continua moltiplicazione delle leggi e quello qualitativo che invece riguarda lo scadimento del loro valore.

Già l'eccesso di normazione in sé è indice di disfunzionalità del sistema giuridico. E questo perché quando si racchiude la vita sociale entro un numero spropositato di regole da osservare, il diritto perde il valore di limite che garantisce la libertà di ciascuno e diventa strumento di oppressione. *Legum omnes servimus, ut liberi esse possimus*¹⁸³. Ecco spiegato perché Saint-Just, e non solamente lui, ravvisava nelle troppe leggi una componente del governo tirannico¹⁸⁴.

¹⁸¹ L'espressione citata è di G. DEL VECCHIO, *La crisi della scienza del diritto*, loc. ult. cit.

¹⁸² L'associazione tra l'inflazione monetaria e l'iperproduzione normativa risale a Carnelutti che ne ha parlato in diversi scritti, cfr. F. CARNELUTTI, *La crisi del diritto*, loc. ult. cit.

¹⁸³ CICERONE, Pro Aulo Cluentio oratio, 53, ove testualmente si legge "*legum ministri magistratus, legum interpretes iudices, legibus denique id circo omnes servimus, ut liberi esse possimus*". Lo stesso concetto in Hobbes si esprime nella contrapposizione tra *lex vinculum* e *jus libertas*. Cfr. HOBBS, *De cive*, XIV, 3.

¹⁸⁴ Cfr. SAINT-JUST, L. DE SAINT-JUST, *Fragments sur les Institutions républicaines*, ouvrage posthume, Parigi, trad. it. a cura di G. PROCACCI, *Frammenti sulle Istituzioni repubblicane, seguito da testi inediti* a cura di A. SOBOUL, Einaudi, Torino, 1975, pag. 193; nonché F. BACONE, *De dignitate*, l. VIII, 3, aforisma 1, trad. it.

Ma anche a non voler parlare di dispotismo, quando le norme si moltiplicano e quindi le discipline si stratificano è posto in serio pericolo il valore democratico dell'ordinamento, e con esso, dunque, quella particolare struttura che ordina il rapporto tra Stato comunità e Stato organizzazione secondo la formula di una partecipazione totale delle persone - il demos che forma la comunità - al "reggimento" – ossia al governo – dello Stato¹⁸⁵.

Poi, se i rapporti sono costretti dai vincoli che scaturiscono da un'infinità di precetti diventa difficile anche ricostruire il quadro della disciplina da seguire.

E quando si passa la misura perché si regola troppo – questo è l'eccesso – quasi sempre si regola anche male¹⁸⁶. Questo perché in tutte le cose, comprese le norme, la

a cura di E. DE MAS, *Opere filosofiche*, Laterza, Bari, 1965, vol. II, pag. 482, ove si parla di "oppressione della legge" come causa di ingiustizia nella società civile.

¹⁸⁵ Sul concetto di democrazia cfr. il pensiero esposto da Giannini nella Prefazione all'opera di Burdeau sui regimi parlamentari. G. BURDEAU, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre*, trad. it. di S. COTTA, *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, Edizioni di Comunità, Milano, 1950, con Prefazione di M. S. GIANNINI, specialmente pag. XVII da cui è tratta l'espressione citata nel testo. Si devono considerare anche le osservazioni di Tocqueville in relazione alle forme di dispotismo che possono insinuarsi negli ordinamenti democratici. Tra le manifestazioni di oppressione è inclusa l'esistenza di "una rete di piccole regole complicate, minuziose e uniformi, attraverso le quali le menti più originali e gli animi più vigorosi non possono aprirsi un varco per andare al di là della folla". A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, trad. it. di S. FURLATI, *La democrazia in America*, a cura di M. TESINI, Città Aperta Edizioni, 2005, vol. II, pag. 377.

¹⁸⁶ Si riprende la definizione di eccesso utilizzata da Carnelutti con riferimento all'eccesso di potere, cfr. F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, pag. 33.

buona “manifattura” richiede il sapiente uso dello strumentario più adatto e il tempo necessario alla realizzazione dell’opera che si deve compiere.

Ebbene, se si tratta di costruire norme i ferri del mestiere sono il linguaggio giuridico e la visione sistematica. Oltre, naturalmente, tutte le scelte di valore implicate.

Da un lato, occorre esprimere concetti con il rigore della terminologia più confacente all’oggetto da regolare. Dall’altro lato, occorre elaborare il precetto con la consapevolezza che andrà a inserirsi in un contesto di altre discipline. Talché, il *novum* non va congegnato come una monade ma come la parte di un sistema che per funzionare esige un meccanismo armonico, o almeno coordinato, tra le varie componenti che vengano a combinarsi tra loro.

Ora, su entrambi i versanti va messa in conto una certa approssimazione, dato che redigere norme giuridiche è cosa diversa da eseguire calcoli matematici. Tuttavia, se anche la precisione e l’armonia non si possono raggiungere in assoluto, devono almeno essere assunte come criteri della produzione normativa. Soprattutto perché la bontà tecnica della formulazione è condizione necessaria a che i contenuti della disciplina siano meglio compresi e più facilmente attuati.

È la realtà a dimostrare che l’affastellamento delle discipline creato dall’eccedenza e dal poco pregio delle norme nuoce alla certezza del diritto perché rende confuso il regolamento della condotta a cui occorre conformarsi.

Tutto questo fa cadere l’illusione che vorrebbe nel tanto regolare la garanzia della più completa definizione delle conseguenze giuridiche che si correlano alle condotte dei soggetti dell’ordinamento.

Il punto è che una normazione eccessiva e scadente non riesce a dare ai consociati quelle regole stabili che sono condizione di una pacifica convivenza civile¹⁸⁷.

E questo difetto di certezza segna che la legge ha mancato la sua missione che è quella di far sapere a ciascuno cosa può volere¹⁸⁸.

L'uomo rinuncia a parte della sua libertà accettando di sottoporsi alla legge per godere della tranquillità della vita associata. Talché egli abdica alla possibilità di muoversi senza limitazioni – e “*senza meta*” come è stato scritto – per congiungere le sue azioni e, in fondo, il suo destino a quelli degli altri che come lui sono riuniti nella stessa organizzazione sociale. In queste condizioni il volere dell'uomo si immedesima nel volere normativo a cui l'uomo stesso deve obbedienza per rimanere entro il patto che lo lega idealmente ai suoi consociati. Così, obbedire alla legge, a dirlo è Lopez de Oñate, significa obbedire alla “*ragione profonda*” immanente in ciascuno.

Ma a garantire tutto questo non è l'in sé formale della norma scritta, il suo semplice essere nero su bianco.

Occorre, infatti, anche un'adeguata comunicazione, e ciò nel senso più completo del termine che è trasmettere qualcosa per renderlo comune. Questo perché l'esperienza giuridica è essenzialmente un fenomeno relazionale che per attuarsi non può fare a meno del dialogo tra i suoi

¹⁸⁷ Il valore della certezza del diritto come “*bisogno umano*” è affermato da N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1951, in particolare pag. 151.

¹⁸⁸ Cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., soprattutto pag. 50 e 53 ove si trovano anche le espressioni citate di seguito nel testo.

attori¹⁸⁹. E poiché questo dialogo è condivisione, comunicazione appunto, per suo tramite si creano i presupposti per il riconoscimento del diritto. Riconoscimento che in un'accezione minima si esaurisce in un'attività gnoseologica che serve ad apprendere il volere normativo e, dunque, a interiorizzarlo.

Mentre nelle teorizzazioni più moderne, e specie nella teoria comunicativa, diventa parte fondamentale del processo di legittimazione delle norme e, alla fine, dello stesso ordinamento giuridico¹⁹⁰.

Dall'agire comunicativo come lo chiama Habermas dipende la coesione interna del sistema sociale dato che per suo tramite tutti i soggetti sono in grado di discernere se i contenuti giuridici enunciati collimano con il bene comune¹⁹¹. Il che, peraltro, non rimanda necessariamente a una visione contrattualistica della fenomenologia giuridica, come se la norma fosse un incontro tra proposta e accettazione¹⁹². Quanto, semmai, all'idea che la

¹⁸⁹ In proposito cfr. M. MANCINI, *Diritto e comunicazione tra economia e filosofia*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2012, specie pag. 91 e ss.

¹⁹⁰ J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Francoforte sul Meno, 1981, trad. it. di P. RINAUDO, *Teoria dell'agire comunicativo*, vol. I, *Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale*, a cura di G. E. RUSCONI, Bologna, Il Mulino, 1986, soprattutto cap. III. pag. 413 ove in relazione alla validità delle norme si precisa che "le pretese di validità sono connesse internamente con ragioni".

¹⁹¹ J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, II, *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Francoforte sul Meno, 1981, trad. it. di P. RINAUDO, *Teoria dell'agire comunicativo*, vol. II, *Critica della ragione funzionalistica*, a cura di G. E. RUSCONI, Bologna, Il Mulino, 1986, soprattutto cap. VI.

¹⁹² Cfr. M. MANCINI, *Diritto e comunicazione*, cit., pag. 88.

conformazione al diritto debba trovare una motivazione interiore nell'adesione consapevole alle scelte dell'autorità¹⁹³.

In questo senso tutti partecipano attivamente all'esperienza giuridica, e nessuno subisce da destinatario passivo le leggi imposte con la minaccia della “*spada*”¹⁹⁴. Cosa che determina il superamento della tradizionale concezione sanzionatoria che vuole diritto solo ciò che coarta la volontà individuale con la prefigurazione di una conseguenza negativa in risposta al comportamento disobbediente.

Va da sé che il riconoscimento da cui, almeno nella teoretica di Habermas, promana la legittimazione e la validità stessa delle norme positive, presuppone la comprensione del significato giuridico da condividere. Pertanto, se la comunicazione è difettosa non si innesca alcun meccanismo partecipativo virtuoso, e in luogo di un dialogo si svolge un soliloquio.

Poiché per comunicare occorre parlare lo stesso linguaggio, già la tecnicità della terminologia giuridica interpone una “*distanza tra il legale e il reale*” che rende difficile la comprensione del diritto¹⁹⁵. Ma ciò è in certo qual modo fisiologico e riguarda un po' tutti i campi

¹⁹³ J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, cit., trad. it. cit. specialmente pag. 413 ove in relazione alla validità delle norme si precisa che “*le pretese di validità sono connesse internamente con ragioni*”. Cfr. anche M. MANCINI, *Diritto e comunicazione*, loc. ult. cit., testo e nota 4.

¹⁹⁴ T. HOBBS, *Leviatano*, parte II, cap. XVII, par. 2.

¹⁹⁵ La separazione “*tra pays réel e pays légal*” è analizzata da M. MANCINI, *Diritto e comunicazione*, cit., pag. 85-108. Le espressioni citate in questa nota e nel testo si trovano rispettivamente a pag. 85 e a pag. 105.

epistemologici rispetto ai quali i concetti si formano e si esprimono attraverso un lessico specialistico.

E poiché ogni sapere va “maneggiato” appropriandosi del rispettivo gergo, sotto questo profilo non v’è distinzione che si tratti del diritto o di altro ambito di conoscenza. Tuttavia, ammesso che *ignorantia non excusat* è, almeno tendenzialmente, regola di qualsivoglia materia, quando essa si specifica con il genitivo *legis* – riferibile per estensione a qualunque norma – genera implicazioni particolari. Perché mentre si può benissimo scegliere di non istruirsi in questa o in quella disciplina, non si ha la stessa libertà nei confronti del diritto che vincola chiunque all’interno di una data organizzazione giuridica. Così, che si conosca o meno il precetto normativo si risponde della relativa trasgressione¹⁹⁶. E si risponde anche se la non conoscenza è involontaria, magari ingenerata proprio dalla confusione provocata dai fenomeni degenerativi di cui si sta qui discorrendo¹⁹⁷.

¹⁹⁶ In questo senso ha ragione chi nega alla conoscenza del diritto il valore di presupposto di validità del diritto stesso. Cfr. C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, 1930, pag. 83-84. Questa tesi però resta valida se applicata su scala individuale. La validità della norma non dipende dal fatto che il singolo la conosca. Però se è la conoscenza delle norme a non essere accessibile allora si verifica una patologia del sistema giuridico. Se poi è la generalità dei consociati a non avere accesso a questa conoscenza allora manca una delle condizioni necessarie all’instaurazione di uno stato di diritto, vale a dire la certezza del diritto stesso. Nell’attuale assetto costituzionale, del resto, la legge diventa parte dell’ordinamento in seguito alla pubblicazione.

¹⁹⁷ Valgono però alcuni temperamenti delineati dalla giurisprudenza costituzionale in rapporto all’ignoranza inevitabile della norma penale. Cfr. Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, specie punti 24 e ss. *sub* considerato in diritto.

Quindi, se da un lato, la specializzazione del linguaggio giuridico è nella natura delle cose e non ha, pertanto, da essere stigmatizzata, dall'altro lato, appare indispensabile che nei testi giuridici venga osservata la massima cura possibile nell'uso linguistico.

Altrimenti viene a mancare il presupposto per rendere intelligibile la norma giuridica. Evento questo che nella teorica di Habermas impedisce l'instaurarsi di un'effettiva partecipazione comunicativa, privando così l'ordinamento di quel sostrato di coesione su cui si fonda il senso di appartenenza al gruppo sociale e con esso l'avallo al relativo sistema giuridico¹⁹⁸.

In ogni caso, poi, che si acceda o meno alla teoria comunicativa, e quindi anche a negare che nella comunicazione risieda la condizione di validità della norma, va per lo meno riconosciuto che si verifica una disfunzionalità del sistema ogniqualvolta un vizio d'origine nella formulazione dell'enunciato linguistico "disturba" la comprensione del significato giuridico del precetto.

Che il linguaggio giuridico sia rigoroso e preciso, dunque, è prima di tutto un'esigenza del diritto stesso che meglio si esprime meglio si fa capire. E così, l'esperienza giuridica

¹⁹⁸ L'agire comunicativo è preordinato al raggiungimento di un'intesa, che secondo le categorie di Habermas rappresenta "*il riconoscimento intersoggettivo*" della validità di una norma (*rectius* "*di una pretesa di validità avanzata ... dal parlante*"). E attraverso l'intesa i partecipanti all'esperienza comunicativa – quindi i soggetti dell'ordinamento – costituiscono, conservano oppure modificano la loro appartenenza al gruppo – l'organizzazione sociale espressa dall'ordinamento – e la loro stessa identità. Cfr. J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, cit., trad. it. cit., vol. II, cap. VI, specialmente pag. 707, 716, 732.

si attua in un processo collaborativo tra il fare e il recepire le regole.

Peraltro, non sono soltanto le imperfezioni lessicali a interrompere questo scambio. Un ruolo in proposito lo svolge anche la dispersione delle competenze normative, specialmente nell'atto del legiferare, ove per tale si intende non già la fedele attuazione del policentrismo previsto in costituzione ma il deviante frammentarsi dell'attività di produzione giuridica.

La manifestazione più pervasiva del fenomeno, è noto, consiste nel ricorso abnorme – tale è la formula tralaticia con cui si usa designare questo stato di cose – agli atti governativi con forza di legge.

Del resto, un numero tanto cospicuo di norme da generare una situazione inflattiva non può che essere in larga parte la conseguenza di una dispersione dell'attività di produzione giuridica. A moltiplicarsi, dunque, non sono tanto le leggi in senso formale in cui si esprime il volere della maggioranza rappresentata in parlamento, bensì anche le norme emanate senza il coinvolgimento (se si vuole indiretto) della volontà popolare.

Ora, non importa che il farsi legislatore dell'esecutivo sia comunque un'operazione complessa che esige l'intervento parlamentare di delega o di conversione dell'atto che il governo ha assunto. Qui certo non è in discussione il merito della scelta costituzionale in favore di questo temperamento della divisione dei poteri. Quel che conta, semmai, sono le storture che hanno tramutato la decretazione con forza di legge da strumento eccezionale di produzione legislativa – quale è e resta in Costituzione – a fonte tendenzialmente privilegiata di norme primarie, e

con ciò hanno altresì indebolito il ruolo che la legge parlamentare riveste in relazione ad essa¹⁹⁹.

Ora, per quanto possa sembrare superfluo da sottolineare, visto che in dottrina è stato detto tante volte, questo spostamento di asse nell'esercizio dei poteri legislativi impatta sulla forma di governo²⁰⁰. E rivela che i rapporti

¹⁹⁹ In ordine al carattere derogatorio delle attribuzioni legislative che gli artt. 76 e 77 Cost. conferiscono al Governo la giurisprudenza costituzionale si è pronunciata diverse volte, così sottolineando che il ricorso agli atti con forza di legge deve essere contenuto entro i limiti dell'eccezionalità. *Ex multis*, Corte cost., 23 maggio 2007, n. 171; Corte cost., 24 aprile 2008, n. 128. Cfr. anche A. M. SANDULLI, *Osservazioni sulla costituzionalità delle deleghe legislative in materia di riforma agraria (leggi nn. 230 e 841 del 1950)*, in *Foro amm.*, 1952, parte IV, cc. 7-8 ove si sottolinea che è “conforme all'economia dei mezzi giuridici che dei mezzi straordinari – e tra essi è da comprendere la delega – non ci si avvalga nei casi normali”.

²⁰⁰ Tra le più accurate analisi in materia di atti con forza di legge emanati dall'esecutivo sono da ricordare G. TARLI BARBIERI, *Legge ed atti del governo e di altre autorità statali*, in *Osservatorio sulle fonti 2008: la legge parlamentare oggi*, a cura di P. CARETTI, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 70-121; A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 1986, pag. 217-235; F. MODUGNO, v. *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, 2010, specialmente pag. 218-222; F. POLITI, v. *Delega legislativa*, in *Enc. giur.*, 2006, aggiornamento, pag. 1. Il frequente ricorso a queste fonti normative ha un impatto anche sui giudizi di costituzionalità e di ciò si dà riscontro nelle relazioni annuali sull'attività della Consulta. In particolare, in una delle più recenti si rileva la “accentuata difficoltà che si verifica ormai da molti anni nel sistema di produzione delle fonti normative, che in parte sono oggetto delle” decisioni costituzionali “ed in parte comunque le condizionano sotto molti punti di vista: si sono verificate, infatti, moltissime trasformazioni in via di prassi dei classici sistemi di produzione normativa, in assenza di adeguati processi di riforma e razionalizzazione a livello costituzionale o

interorganici che si delineano all'interno dello stato organizzazione nella realtà materiale non corrispondono al sistema parlamentare tratteggiato dal costituente²⁰¹. Il modello risulta alterato nella prassi.

Ma questo non è un problema “soltanto” di classificazioni teoriche. E qui viene il punto. Il modo di formare il diritto, a cominciare dall'*iter* che si segue nell'atto del legiferare, indica quale sia il grado di coinvolgimento popolare. Talché, l'espansione smisurata dei casi in cui all'esecutivo è dato di esercitare la funzione legislativa dilata in proporzione corrispondente le discipline di rango primario che sono espressione dell'indirizzo di governo più che della volontà della maggioranza espressa in parlamento²⁰². Ciò avviene, soprattutto, quando il ruolo delle camere è espletato senza quella “*capacità decisionale integra*”, la quale è indispensabile a far sì che la delega o la conversione siano il risultato di una partecipazione effettiva – e non solo formale – all'esercizio del potere legislativo da parte del governo²⁰³.

almeno dei regolamenti parlamentari; al tempo stesso, si è radicalmente spostato l'asse della produzione legislativa dal Parlamento al Governo (basti dire che nel 2010 sono stati più i decreti legislativi che le leggi e che più di due terzi delle leggi approvate sono leggi di conversione dei decreti-legge o di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali)”. Cfr. Relazione del Presidente Ugo De Siervo sulla giurisprudenza costituzionale nel 2010, cit., pag. 4.

²⁰¹ Sul concetto di sistema parlamentare ci si richiama ancora alle considerazioni di Giannini. Cfr. G. BURDEAU, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre*, trad. it. cit, Prefazione di M. S. GIANNINI, pag. XV.

²⁰² Al riguardo cfr. G. TARLI BARBIERI, *Legge ed atti del governo*, cit., specie pag. 81 e ss.

²⁰³ L'espressione citata è di M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, pag. 95.

Questo genere di devianza, che impedisce di trovare una giustificazione reale, una legittima copertura, alla forza di legge riconosciuta all'atto governativo, si attua sempre più spesso con l'intarsio tra l'intervento parlamentare sulla decretazione e la questione di fiducia²⁰⁴. E quel che ne consegue in termini procedurali ridimensiona il significato della riserva d'assemblea – “*la procedura normale di esame e di approvazione diretta*” come recitano la Costituzione e i regolamenti parlamentari - posta a presidio dei disegni di legge di particolare rilievo politico e istituzionale.

Giocoforza, l'esautorarsi dell'azione parlamentare finisce per allontanare i consociati dai procedimenti normogenetici nei quali, per come stanno le cose, si esprime gran parte dell'attività legislativa.

Una distanza, quella tra *demos* e *lex*, da cui scaturisce inevitabilmente un sentimento di disaffezione al diritto.

Forse non al diritto nel senso più proprio che, come teorizzava Jhering, nasce dall'istinto di autoconservazione²⁰⁵. O, anche, da una “*esigenza antropologica*” che rende innato il sentimento giuridico come si trattasse di una condizione dello stato di natura²⁰⁶.

Bensì – disaffezione - al diritto positivo, alla legge in senso lato. Disaffezione che non può non esserci se si interrompe il processo di immedesimazione tra volere normativo manifestato nella produzione giuridica e

²⁰⁴ Il fenomeno è analizzato da G. TARLI BARBIERI, *Legge ed atti del governo*, cit., pag. 80-81.

²⁰⁵ R. VON JHERING, *Über die Entstehung des Rechtsgefühles*, Vienna, 1884 trad. It. a cura di R. RACINARO, *La nascita del sentimento del diritto*, in *La lotta per il diritto e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1989, pag. 175.

²⁰⁶ L'espressione citata è di G. DEL VECCHIO, *Il sentimento giuridico*, in *Studi sul diritto*, cit., vol. I, pag. 19.

coscienza popolare – *cum scientia* – di cui dovrebbe farsi portavoce l'organo dotato di investitura diretta.

Stupirebbe se così non fosse. Del resto, per quanto possa rimanere intatta quella vocazione giuridica quasi primordiale, cui corrisponde l'idea che il diritto sia cosa buona e necessaria e, più concretamente, sia un elemento indispensabile all'organizzazione dello stato e alla convivenza civile, pare improbabile che nell'animo dei consociati possa conservarsi un attaccamento, e con esso un senso di fiducia e di rispetto, verso il diritto formato, *rectius* verso leggi emanate, senza il loro coinvolgimento.

Il che rende difficile l'adesione spontanea ai comandi imposti²⁰⁷. In questa situazione i rapporti intrastatali tra comunità e organizzazione si incardinano sulla soggezione forzata – la coazione impersonata dalle sanzioni - anziché sullo spirito di collaborazione. Così, verso lo Stato i consociati sono *subiecti* invece di *cives*.

Nulla può giustificare questo stato di cose²⁰⁸. Non la celerità procedimentale né la specialità tecnica della materia che si pretenderebbero collegare alla scelta della decretazione. Sicuro, necessità e urgenza, esattamente come il bisogno di predisporre una disciplina settoriale ad elevata specializzazione tecnica, hanno dignità adeguata a distogliere in via occasionale l'esercizio del potere legislativo dall'organo che possiede la titolarità quasi esclusiva della relativa funzione. Purché, appunto, si resti

²⁰⁷ Su questi aspetti cfr. F. CARNELUTTI, *La crisi del diritto*, cit., specialmente cc. 69-70 ove si sviluppa una lucida analisi sugli effetti del ricorso crescente alla decretazione specialmente nella forma del decreto legislativo.

²⁰⁸ In dottrina si segnala che il dilatarsi della decretazione con forza di legge non ha determinato un miglioramento della qualità normativa. In proposito, cfr. G. TARLI BARBIERI, *Legge ed atti del governo*, cit., pag. 78; F. POLITI, v. *Delega legislativa*, cit., pag. 3.

nei margini della deroga sporadica, non sistematica, senza dar corso ad un capovolgimento dell'assetto costituzionale delle attribuzioni. Il legiferare del governo ha da essere l'eccezione. Altrimenti si trasforma in un'indebita "invadenza",²⁰⁹.

Peraltro, ad acuire l'inadeguatezza del sistema normativo concorrono altri fattori.

A cominciare dal fatto che alla contrazione dei tempi procedurali, di norma realizzabile quando si provvede in sede governativa - specialmente in caso di decretazione d'urgenza - non corrisponde alcun concreto vantaggio se la qualità della normazione è scarsa. Nel poco tempo a disposizione è facile cedere all'approssimazione e trascurare lo sguardo d'insieme, specie se non si dispone della "preparazione tecnica necessaria" a svolgere un'attività legislativa²¹⁰.

Poi, all'inverso rispetto alle problematiche legate alla fretta, non sempre optare per l'intervento governativo dà garanzia di celerità. Qui si potrebbero citare i casi di decreti legislativi assunti non proprio tempestivamente. Magari con la concessione di proroghe o dopo una successione di deleghe. Circostanza che può pure trovare

²⁰⁹ "Una invadenza dell'esecutivo in quelli che sono i precipui poteri del legislativo". Questo temeva Mortati quando si trattò di discutere della predisposizione di una disciplina costituzionale dei decreti-legge. L'intervento di C. Mortati nei lavori preparatori della Assemblea Costituente nella seduta pomeridiana del 18 settembre 1947 è riprodotto in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Roma, 1970, vol. IV, pag. 2917 – 2931. Le parole citate sono riportate a pag. 2928.

²¹⁰ Ancora l'intervento di Mortati, cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., pag. 2928.

una spiegazione nell'ampiezza dell'oggetto della disciplina delegata, o in altri motivi che rendono obiettivamente complicata la stesura dell'atto finale. Ma, al di là delle ragioni, il risultato non cambia. E a conti fatti, seppure la delegazione non abbia la finalità di ridurre la tempistica dell'*iter*, non è detto che la dilatazione oltre misura del procedimento impiegato per attuare una delega sia un "inconveniente" accettabile per poter avere una disciplina tecnicamente soddisfacente. Soprattutto, viene da chiedersi se questo investimento di tempo sia davvero compensato dalla qualità della normativa. Tanto più quando, a considerare certe disarmonie di redazione, nell'atto delegato non sembra essersi profusa la competenza settoriale che, a rigore, dovrebbe essere il presupposto dell'opera di normazione primaria dell'esecutivo.

Che tutto questo non giovi alla funzione legislativa è fin troppo ovvio. Altrettanto ovvio è che a rimetterci non è soltanto – e già sarebbe abbastanza – l'equilibrio tra i poteri costituzionali, ma l'intero sistema giuridico che vede indebolite le sue fonti positive.

E lo stato del diritto obiettivo si aggrava per via della produzione normativa di tipo derivato, ancora più dispersa e frammentata di quella legislativa²¹¹.

²¹¹ Tra i casi di uso distorto della fonte regolamentare va annoverata la situazione in cui l'atto secondario ha un contenuto innovativo rispetto a quanto stabilito nella fonte primaria che attribuisce il potere regolamentare stesso. Pur con tutte le incertezze che governano la materia delle fonti derivate, si può dire che il regolamento possa introdurre un *novum* nell'ordinamento, ma questo deve rappresentare un'attuazione o un'integrazione prevista dalla relativa legge. Altrimenti viene alterato il rapporto di subordinazione che lega l'atto secondario alla fonte primaria. Sembrerebbe che a tale ipotesi distorsiva possa ricondursi l'introduzione in via regolamentare dell'obbligo di affidamento per

Si tratta di un'eterogeneità talmente spiccata da rendere puramente nominalistica la definizione di norme secondarie contenuta nelle preleggi²¹².

Perché dire che a comporre il diritto derivato sono i regolamenti è dire poco o niente. Specie se, come fa appunto la formula testuale adottata nelle disposizioni preliminari al codice civile, non si dà una caratterizzazione

ambiti territoriali minimi del servizio di distribuzione del gas (d.m. 19 gennaio 2011). Il regolamento è stato emanato in attuazione della norma primaria che attribuisce il potere regolamentare di individuare gli ambiti (art. 46 *bis*, d.l. 1 ottobre 2007, n. 159 conv. con modific. in l. 29 novembre 2007, n. 222). Il punto è che la disposizione primaria non stabilisce affatto un obbligo di affidamento per ambiti. Essa si limita a riconoscere ai Comuni la facoltà di optare per tale soluzione e, per quanto preveda forme di incentivazione ad aderire al sistema per ambiti, lascia sostanzialmente libere le amministrazioni di decidere il livello territoriale del servizio. L'obbligo stabilito dal regolamento parrebbe dunque non trovare copertura nella fonte primaria. Per questo, e per altri profili, l'atto normativo ha suscitato un notevole contenzioso. Peraltro, quello stesso obbligo, è stato poi riformulato con un decreto legislativo (d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93) verso il quale è stata sollevata questione di illegittimità costituzionale per eccesso di delega. Ebbene tra le righe dell'ordinanza di rimessione (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 15 febbraio 2012, n. 539) si prospetta il possibile accoglimento dei ricorsi contro l'atto regolamentare, e proprio facendo riferimento al regime di obbligatorietà dell'affidamento per ambiti. Il che avvalorerebbe appunto la tesi che nell'esercizio del potere si sia debordato dai limiti predeterminati dalla fonte ordinaria.

²¹² In proposito, rileva il combinato disposto degli artt. 1 e 3 disp. prel. da cui risulta che i regolamenti sono inclusi tra "*le fonti del diritto*" e sono definiti tramite la definizione del potere regolamentare dal cui esercizio promanano. Nel successivo art. 4 disp. prel., poi, si specificano i rapporti tra regolamenti e tra regolamenti e leggi.

concettuale precisa dell'atto ma si rinvia alla disciplina del potere che lo esprime. Siccome l'esercizio del potere regolamentare si svolge nelle più diverse forme, a seconda del soggetto che ne è titolare, l'unica certezza che si può avere è che i regolamenti tutto sono fuorché un genere d'atto uniformabile in una categoria unitaria²¹³. Talché, pare giusto parlare di "regolamenti" al plurale senza pretesa di farvi corrispondere un modello di regolamento. La stessa figura principale, se così si può dire, quella dei regolamenti statali si declina in una molteplicità di articolazioni, a partire dalla suddivisione in governativi, ministeriali, e interministeriali, che appaiono ben lungi dall'incardinarsi in uno schema. In più, nella prassi impera la tendenza a interpretare in modo un po' libero le regole – stabilite con legge ordinaria – sulla formazione di diritto derivato da parte dell'esecutivo²¹⁴. Questo al fine di sottrarre il dato

²¹³ Questa conclusione è suffragata dalla letteratura giuridica. Esiste una definizione classica di regolamento come "*atto normativo – generale e astratto – posto in essere da un organo (o soggetto) nell'esercizio di funzioni non legislative*". Ma si tratta, e a dirlo è proprio la scienza giuridica, di una nozione di massima, "*generica*", che non vale a superare le oggettive difficoltà di identificazione e di delimitazione concettuale della categoria. Il problema di fondo sta nella peculiarità della fonte regolamentare che assomma caratteristiche riscontrabili rispettivamente negli atti espressivi della funzione legislativa e in quelli espressivi della funzione esecutiva. Cfr. L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966, cap. I *passim* e specialmente pag. 2-3 e 27.

²¹⁴ Il riferimento è alla l. 23 agosto 1988, n. 400 intitolata "*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri*", la quale si occupa dei regolamenti principalmente nell'art. 17. Quanto alla Costituzione, viene in rilievo il riparto della potestà regolamentare tra stato e

intervento regolatorio ai limiti di competenza e agli incombenti procedurali da osservare nella formazione dei regolamenti.

E una delle leve su cui poggia l'uso inappropriato dello strumento normativo è rappresentata dalla labilità dei confini tra la vastissima categoria dei regolamenti e quella altrettanto ampia e di altrettanto incerta definizione degli atti amministrativi generali²¹⁵. D'altro canto, il concreto rifuggire dai vincoli imposti all'esercizio del potere regolamentare è agevolato anche da una certa libertà d'azione che la legge stessa concede all'esecutivo²¹⁶.

autonomie (art. 117), nonché l'attribuzione presidenziale di emanare i regolamenti governativi (art. 87). È invalso l'uso dell'espressione "*fuga dai regolamenti*" per indicare le devianze dall'uno e dall'altro ordine di regole. In un primo tempo, i fenomeni distorsivi riguardavano le regole procedurali della l. 400/1988. Con la riforma del titolo V della Costituzione, e dunque in seguito all'inserimento nell'art. 117 Cost. del criterio di distribuzione della competenza regolamentare – che ricalca il riparto degli ambiti materiali della competenza legislativa –, si è aggiunta una nuova forma di fuga. A questa seconda specie di devianza va ricondotta la prassi dei decreti "non regolamentari" in settori di disciplina sottratti alla sfera delle attribuzioni statali. Tra i numerosi contributi dottrinali sull'argomento si segnalano A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, pag. 5075-5108; D. IACOVELLI, *I regolamenti nel disordine delle fonti*, in *Jus*, 2004, pag. 189-236.

²¹⁵ Talora, in casi di incerta qualificazione vengono rappresentati come semplici atti amministrativi generali quelli che in realtà sono regolamenti. Il che determina un'elusione delle regole che governano la produzione normativa derivata.

²¹⁶ Un esempio è offerto dalla legge comunitaria in forza della quale al governo è dato il compito di decidere se intervenire a dare attuazione agli obblighi comunitari con regolamento o in via amministrativa (art. 11, l. 4 febbraio 2005, n. 11). Un fenomeno

Nel complesso, quindi, le devianze dai paradigmi legislativi e il conseguente dilagare di atti assunti come se fossero qualcosa di diverso da una fonte normativa derivano da una concomitanza di fattori. E da un concorso di responsabilità.

Quel che conta è che i diversi fenomeni di “fuga” tanto dai regolamenti quanto dalla legge si traducono in una minorazione di garanzie e in uno svuotamento di diritti. Perché alla data incombenza procedurale, che sia la funzione consultiva del Consiglio di Stato piuttosto della votazione articolo per articolo in ciascuna Camera o altro, corrispondono le prerogative di tutela che dovrebbero governare i rapporti tra stato e società.

Sono dunque tante le cose da considerare nel produrre diritto e nel valutarne la qualità.

Tanto che, si torna a ripetere, l’esserci di una norma scritta non è un valore in sé. A rilevare, semmai, è l’essenza

diverso, ma pur sempre problematico in rapporto all’esercizio del potere regolamentare, è poi rappresentato dalla “*prassi legislativa*” in materia di regolamenti di delegificazione. Nella realtà risulta spesso disatteso il presupposto che rende compatibile la delegificazione regolamentare con il sistema delle fonti, vale a dire che l’intervento sia previamente autorizzato con legge in senso formale contenente la puntuale specificazione delle disposizioni legislative da abrogare. In particolare, le distorsioni si verificano quando la delegificazione è autorizzata tramite atti aventi forza di legge così come nelle ipotesi in cui la scelta delle disposizioni da abrogare non è effettuata nella legge di autorizzazione ma è rimessa al regolamento. Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Legge ed atti del governo*, cit., pag. 101 e 104; F. MODUGNO, v. *Fonti del diritto*, cit., pag. 226 da cui è tratta l’espressione citata e pag. 227.

ontica della stessa vale a dire la sua qualità di “*pensiero giuridico razionalmente elaborato e deliberato*”²¹⁷.

La legge - la norma - è “*un atto del porre*” diceva Kaufmann²¹⁸. E nel dirlo citava San Tommaso, “*lex a legendo vocata est; quia scripta est*”²¹⁹. A sottolineare che la norma è posta in quanto è voluta e pensata.

Nel contempo, se la norma è un atto del volere deve essere per forza orientata a un fine. E dato che essa è posta dall’ordinamento giuridico il suo finalismo non può che essere politico vale a dire connesso al governo dell’organizzazione di riferimento sia essa lo stato o una sua articolazione.

Nella profondità del sistema tomistico ciò coincide con il bene comune. Questa, che è idea risalente alla tradizione classica inaugurata da Platone e proseguita da Aristotele, sembra tuttora esprimere il miglior obiettivo, quello più ragionevole, che si possa dare alla *lex humana*. Se il diritto

²¹⁷ L’espressione citata è di G. DEL VECCHIO, *Il problema delle fonti del diritto positivo*, in *Studi sul diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, vol. I, pag. 198.

²¹⁸ A. KAUFMANN, *La struttura ontologica del diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1962, pag. 578.

²¹⁹ TOMMASO, *Summa theologiae*, 1, II, 90, 4. In questo punto specifico dell’art. 4 la *Summa* si riferisce agli effetti della promulgazione rispetto al futuro, e precisamente al fatto che la forma scritta consente alla norma di perpetuarsi. È dall’intero art. 4 che si ricava l’idea della legge come volere normativo su cui insiste Kaufmann. Infatti il contenuto complessivo dell’articolo – che riassume il senso della questione 90 – è che la legge che è atto della ragione orientato al bene comune viene promulgata dopo essere posta, così che tutti i destinatari la possano conoscere. È questa la definizione citata *infra* nel testo.

positivo persegue il “*fine di tutti*” realizza se stesso come regola di convivenza pacifica²²⁰.

Ora, poiché volontà, ragione, e finalismo politico partecipano della natura dell’atto, essi hanno da formarsi e manifestarsi nello stesso procedimento normativo.

Pertanto, quando la legge non è il risultato di un virtuoso processo di elaborazione ma un prodotto pleonastico e di scarsa qualità, allora non riesce a realizzare compiutamente la sua struttura ontologica che, rinviando ancora una volta alle definizioni della *Summa*, consiste in “*ordinatio rationis ad bonnum commune, ab eo, qui curam communitatis habet, promulgata*”²²¹.

In altri termini, le degenerazioni tecniche – l’ipertrofia e tutti gli altri difetti che vi si ricollegano – viziano la genesi e l’espressione del volere normativo e del suo orientamento teleologico. Così, il modo di fare le norme rivela la capacità di rivolgere l’azione giuridica al fine politico implicato che, se si accede al pensiero classico, non può essere altro che il bene comune.

²²⁰ Sull’interesse comune come fine di tutti e di ciascuno, cfr. ARISTOTELE, *Politica*, III, 6, 1278b.

²²¹ Ancora TOMMASO, *Summa theologiae*, cit., 1, II, 90, 4. Con il richiamo alla definizione tomistica della legge non si vuole contraddire quanto si disse a suo tempo sulla visione idealizzante dell’ordinamento che nella *Summa* (I, XLVIII,3) viene rappresentato come ordine universale (cfr. *retro* cap. II, par. 5). Quelle considerazioni restano ferme. Qui ci si limita a riprendere la nozione di legge in ragione del rilievo che in essa viene dato al bene comune e che si rivela in aperta assonanza con la concezione aristotelica. Sul perseguimento del bene comune da parte dell’azione politica cfr. il messaggio di fine anno del 31 dicembre 2012 del Presidente della Repubblica, consultabile sul sito istituzionale della Presidenza della Repubblica.

2. La situazione del diritto dell'economia

La qualità normativa, quindi, dà la misura del grado di realizzazione dell'esperienza giuridica.

Senza voler esaurire il diritto in *jus scriptum*, un ordinamento che riesce ad avere una legislazione soddisfacente rivela con essa un sistema giuridico adeguato a guidare la convivenza civile.

Se ogni ambito dell'azione umana ove si rispecchino interessi giuridicamente rilevanti è suscettibile – e anzi richiede – di essere regolato dal diritto, questa esigenza risulta particolarmente avvertita in campo economico.

Che la legge, o in senso lato la disciplina normativa, sia necessaria all'economia dipende soprattutto dal fatto che l'economia è una delle manifestazioni esistenziali più importanti delle realtà sociali. E lo è in senso intersoggettivo in quanto si declina sempre in qualcosa – fatti, atti, decisioni – che produce effetti esterni e, quindi, genera rapporti e con essi potenziali conflitti. Donde, il bisogno che l'ordinamento giuridico se ne occupi.

In concreto, l'opera del legislatore non si estrinseca in una semplice qualificazione giuridica. Come se tramite la norma ci si potesse accontentare di recepire passivamente la realtà economica²²². Al contrario, nel porre la regola si manifesta la volontà di ordinare quel dato livello di relazioni economiche secondo una certa modulazione, che potrà essere quella del “lasciar fare” o del dirigismo o di qualsiasi altra specie sia giudicata rispondente ai fini da perseguire.

²²² D. PASINI, *Diritto ed economia*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1962, pag. 274.

Se ci si muove in un contesto ispirato ai valori democratici e alla sicurezza dei consociati il diritto dell'economia non può appagarsi di regole formali. Torna così tutto il discorso fatto sull'importanza che la norma – anche quella che regola i rapporti economici – realizzi la sua natura di volontà e ragione giuridicamente orientate al bene comune. Peraltro, nell'esperienza delle organizzazioni statuali le scelte di politica economica sono poste al centro dell'attività legislativa e di governo, e alcune di esse sono talmente importanti da condizionare la sorte stessa delle istituzioni che amministrano la *res publica*²²³. Si spiega dunque perché il perseguimento – e la realizzazione – dell'interesse generale in campo economico sia un criterio di giudizio per valutare l'azione complessiva degli organi di vertice dell'ordinamento. Ed era così già per la cultura giuridica legata ai principi della rivoluzione francese²²⁴.

Cosa sia il bene comune, naturalmente, può dirsi soltanto valutando quali sono i bisogni della vita associata. Il che non può stabilirsi né *a priori* né una volta per tutte né, tanto meno, in astratto.

Vi è però una condizione minima necessaria implicata da qualsiasi accezione in cui possa declinarsi il bene comune in campo economico. Questa è la capacità del sistema giuridico di favorire, e comunque di non ostacolare, l'ordine economico e in termini più generali il funzionamento dell'economia²²⁵.

²²³ Non a caso, nell'attuale sistema parlamentare il mantenimento del rapporto fiduciario è spesso fatto dipendere dalle azioni intraprese e dalle capacità dimostrate nell'affrontare le principali questioni economiche. A cominciare dalla manovra di bilancio.

²²⁴ Cfr. L. DE SAINT-JUST, *Fragments sur les Institutions républicaines*, trad. it., cit., pag. 200.

²²⁵ “L'importanza delle strutture giuridiche che possono ora facilitare, ora ostacolare progresso tecnico e diffusione del

Ebbene, la misura di questa capacità è data anzitutto dalla qualità normativa.

E il primo criterio per giudicare della bontà di una legislazione, il vero banco di prova al riguardo, è costituito dal grado di certezza che essa presenta e che riesce a infondere ai rapporti su cui incide. Se questo vale sempre, perché in generale il diritto ha da essere certo, vale però in special modo per la normativa economica.

Non a caso a partire dalla seconda metà del Novecento, in un momento storico di rapida trasformazione economica, il diritto dell'economia ha offerto il campo di osservazione privilegiato degli studi sulla certezza del diritto²²⁶. Nel contempo, proprio a partire dalle riflessioni sullo stato delle discipline economiche hanno avuto avvio gli studi pionieristici sulla “scienza della legislazione”²²⁷.

Tutto questo come conseguenza del fatto che il complesso normativo nella materia dell'economia è uno di quelli più scadenti sia per sovrabbondanza sia per disorganicità.

E se ipertrofia e inflazione legislativa si manifestano principalmente - anche se non solo - in questo ambito di regolazione è dovuto in larga parte a cause “strutturali”.

benessere materiale” è oggetto di analisi da parte di T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, in particolare pag. 1246 e ss. Quando gli strumenti giuridici, specialmente la legge, introducono “*istituti disarmonici*”, allora il diritto finisce per essere usato contro l'economia. Cfr. F. MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze istituzionali dell'innovazione economica*, Giappichelli, Torino, 2006, pag. 2.

²²⁶ Sul tema si tenne un apposito convegno nel 1956, i cui contenuti sono stati pubblicati in *Il diritto dell'economia*, 1956, fasc. 10, pag. 1167 e ss.

²²⁷ Il pensiero corre anzitutto al contributo di M. LONGO, *Per la fondazione di una «scienza della legislazione»*, in *Il diritto dell'economia*, 1960, pag. 583 e ss.

A cominciare dalla circostanza che l'economia si trova per natura in un perenne stato transeunte. Sicché, per adeguare il diritto ad un oggetto tanto mutevole si finisce per moltiplicare le discipline giuridiche.

Poi, dato che la moltitudine rende difficile imprimere un ordine razionalizzante e sistematico, come effetto domino ne scaturisce una stratificazione caotica delle regole. La confusione così generata impedisce al diritto di raggiungere un livello di certezza accettabile e questa mancanza di sicurezza “delle” e “nelle” norme rende insicuri anche i comportamenti.

Come a dire che se le norme sono troppe non coordinate tra loro e mal congegnate esprimono discipline incerte e questa intrinseca incertezza delle norme alimenta un sentimento di sfiducia – altra incertezza – nella loro effettiva idoneità a regolare l'economia, o qualunque altro ambito. Di rimbalzo, l'inadeguatezza che si avverte nei confronti delle leggi condiziona in senso negativo le condotte, perché si associa all'idea che l'agire economico non sia supportato dal sistema giuridico.

Peraltro, nel valutare lo stato della normazione nel diritto dell'economia bisogna guardare non soltanto alle disposizioni della “materia” ma anche a quelle correlate, le quali a vario titolo assumono rilievo ai fini della regolazione dell'esperienza economica²²⁸.

²²⁸ Tra le normative di grande importanza sul piano dell'economia è da includere senz'altro la disciplina sul procedimento amministrativo le cui regole valgono nella generalità dei rapporti – anche di interesse economico – che siano assoggettati ad un regime pubblicistico in quanto instaurati con pubbliche amministrazioni o con privati preposti all'esercizio di attività amministrative. Così, le procedure di affidamento dei contratti pubblici, pur avendo una disciplina dedicata nel relativo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), devono essere condotte anche nel rispetto delle disposizioni

che governano l'attività amministrativa e che sono delineate principalmente nella l. 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. Peraltro, il collegamento con la materia dei contratti pubblici rappresenta soltanto un'esemplificazione, dato che le situazioni che vengono ad intersecarsi con la l. 241/1990 sono le più varie. I difetti di questa normativa possono avere dunque un impatto sulle relazioni economiche. Una certa problematicità è causata, ad esempio, dalla disciplina contenuta negli artt. 2 e 2 *bis* della l. 241/1990 in merito ai termini di conclusione del procedimento amministrativo. I tempi dell'agire della pubblica amministrazione rappresentano un aspetto di fondamentale importanza per le attività economiche, specie in rapporto ai procedimenti autorizzatori che gli operatori sono tenuti ad avviare per dotarsi delle necessarie abilitazioni. Da qui l'esigenza di una regolazione che costringa le amministrazioni ad agire tempestivamente. Ebbene la regolazione esiste ed è appunto stabilita negli artt. 2 e 2 *bis* ma non riesce ad imporsi sulla prassi e risulta tendenzialmente disattesa. Ora, l'art. 2 ha subito diverse modifiche e l'attuale versione deriva dal d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 conv. con modific. in l. 4 aprile 2012, n. 35. Con i vari interventi si è tentato di responsabilizzare le amministrazioni, ma questo non ha eliminato la diffusa dilatazione dei tempi procedurali. E ciò è dovuto probabilmente al fatto che si tratta di misure inidonee a disincentivare l'inosservanza della tempistica stabilita dalla legge. In particolare, le conseguenze risarcitorie comminate dall'art. 2 *bis* per il ritardo sono poco incisive. Si tratta infatti di un rimedio limitato ad ipotesi di danno ingiusto. Scelta che ha senz'altro una giustificazione logica nella necessità di evitare un aggravio economico per situazioni che non hanno pregiudicato interessi in senso rilevante per l'ordinamento. Ma non raggiunge l'obiettivo di persuadere l'amministrazione a rispettare i termini. E non sembra più incisiva la nuova misura stabilita dall'art. 2 come innovato dal d.l. 5/2012 conv. con modific. in l. 35/2012, vale a dire la segnalazione automatica alla magistratura contabile, perché non riguarda l'ipotesi più rilevante del danno da ritardo al privato ma quella più limitata in cui sia accolta l'azione contro il silenzio (anziché l'azione risarcitoria dell'art. 2 *bis*) e ne sia derivato un danno erariale, dunque un danno all'amministrazione stessa. Ad

Data l'estrema eterogeneità delle fattispecie che possono avere interesse economico, l'analisi andrebbe estesa in proporzione esponenziale, e tendenzialmente all'infinito. E a questa dilatazione dei confini corrisponde la trasmissibilità dei fenomeni degenerativi, che finiscono per non essere più sintomo ed effetto di "*bad regulation*" circoscritta ad un determinato settore ma assumono carattere trasversale all'interno del complesso normativo dell'ordinamento.

A dare il metro della qualità, dunque, non è tanto la singola disciplina che si occupi di questioni economiche, quanto l'insieme della normativa.

Inoltre, la scala di valutazione va tarata sulla realtà della fenomenologia economica, tenendo conto che questa è un continuo *in fieri*.

La trasformazione dell'economia reca con sé una concomitante trasformazione dei rapporti che vi ineriscono. Ciò all'insegna di una complicazione sia dell'una come degli altri e, dunque, del quadro generale in cui l'esperienza economica si attua. Al che fa da eco l'evoluzione della società, delle tecnologie, e delle relazioni.

Ebbene, se il sistema economico si trasforma, si trasforma pure la percezione di cosa sia necessario al suo

ogni modo per stabilire quali possano essere gli effetti concreti della previsione bisogna attendere gli sviluppi della prassi. Lo stesso vale per le altre previsioni che si richiamano alla responsabilità disciplinare, al potere sostitutivo, e alla segnalazione dei procedimenti non conclusi in termini. Finora, il complesso della normativa pur con le varie novelle non ha risolto l'incertezza dei termini procedurali, e questo stato di cose provoca enormi inconvenienti alle imprese che non sono poste in grado di programmare le loro attività. Cfr. M. CLARICH, *Il decreto "semplifica Italia"*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, fasc. 7, pag. 691-695.

funzionamento. Di conseguenza, cambia il significato da dare all'intervento giuridico nell'economia.

Così, per esemplificare, di pari passo con lo sviluppo dei mercati, la qualità normativa non ha più potuto avere come termine di riferimento soltanto la costruzione dei sistemi produttivi - specie industriali - e in una dimensione prevalentemente interna allo stato.

Da questo primo livello elementare essa è dovuta evolvere in "qualità per competere"²²⁹. La quale si parametrizza sulla capacità di costituire un ordine economico adatto a confrontarsi - competere - con quelli governati da altri sistemi normativi. In tal modo, allora, la competizione tra sistemi economici diventa competizione tra sistemi giuridici. In questa forma di concorrenza, la legislazione "buona" è quella che riesce a dare alla propria economia - *rectius* ai rapporti economici che rientrano nella sua sfera di operatività - strumenti giuridici equivalenti o superiori a quelli in uso negli altri ordinamenti. E un sistema di diritto è tanto più competitivo quanto maggiore in varietà e valore è lo strumentario di cui dispone per presentarsi come l'ambito giuridico migliore in cui agire.

A premiare di solito è il confronto vittorioso sul piano della semplificazione amministrativa e dello snellimento della burocratizzazione. Come pure il grado di informatizzazione delle attività. E l'accesso alla giustizia.

Più un sistema giuridico sa valorizzare questi profili più agevola le azioni dell'economia.

²²⁹ Tra gli studi sulla qualità normativa come "*risorsa per competere*" cfr. P. CARNEVALE, *Qualità della legge e politiche di semplificazione*, in *L'economia e la legge*, atti del convegno (4 dicembre 2006), a cura di G. COCCO, in Quaderni del Dipartimento di diritto pubblico per l'economia, Università degli Studi di Milano Bicocca, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 103-130.

Pubblica amministrazione, risorse informatiche, litigiosità infatti sono aspetti direttamente implicati nelle dinamiche interne al sistema economico. Così l'efficienza delle prime, oltre ad avere valore in sé per la vita dell'ordinamento anche al di fuori della sfera economica, si propaga sulle seconde ed è intuitivo quali possano essere i vantaggi che queste ne ricevono.

Si accelerano le procedure, diminuiscono le probabilità di incorrere in aggravii formalistici, e in generale i rapporti sono facilitati o comunque risultano esposti a minori complicanze. La circolazione delle informazioni e i contatti tra gli attori economici si fanno più immediati. Poi, se con tutto questo viene altresì assicurata una gestione razionale del contenzioso, si riduce la possibilità che il sistema dell'economia risenta degli effetti negativi che vengono a prodursi a causa di un regime disfunzionale nel trattamento delle controversie²³⁰.

²³⁰ Le principali inefficienze riguardano la tempistica di risoluzione e il profilo dei costi. Entrambi producono effetti disincentivanti non tanto del contenzioso quanto delle operazioni economiche. Questo stato di cose ha un risvolto positivo nella misura in cui vale a deflazionare i ruoli di causa ossia il carico della litigiosità giudiziale. Per il resto, però, costituisce solo una barriera alla possibilità di chiedere tutela giustiziale oppure alla decisione di intraprendere un'azione economica in quella data realtà giuridica che impone tempi e spese di giustizia esorbitanti rispetto a ciò che appare ragionevole, o magari rispetto a ciò che avviene altrove. E tutto questo, se accade, inficia le garanzie costituzionali del diritto di difesa e della libertà di iniziativa economica. Declinate, rispettivamente, nel diritto di agire e reagire in giudizio per proteggere le situazioni giuridiche soggettive di cui si è titolari, e nel diritto di non subire ingiuste restrizioni dei propri legittimi spazi d'azione in campo economico. In più, poiché per questa via l'*homo oeconomicus* non può realizzare se stesso nella dimensione legittimamente voluta, si determina anche una lesione del principio

Il fatto è che discipline scadenti sul piano della risoluzione dei contrasti finiscono per inibire la propensione agli scambi o agli investimenti in misura forse ancora maggiore di quanto accada se ad essere difettosa è la regolazione di altri aspetti.

E questo perché quando l'amministrazione delle liti non è ben congegnata diventa difficile prefigurare l'esistenza di rimedi soddisfattivi a tutela delle proprie posizioni di interesse. Con il che viene a mancare uno degli elementi dalla cui conoscenza dipende la possibilità stessa di assumere decisioni consapevoli e meditate. Tant'è che formulare prognosi ragionevolmente attendibili sugli sviluppi di potenziali conflitti serve a farsi un quadro delle

personalistico. Quando poi si cambia prospettiva e si guardano le cose su di un piano più ampio, le conseguenze che derivano dai difetti strutturali del sistema di giustizia, per un verso, rivelano incertezze e inadempienze nella tutela dei diritti umani, quali sono sia l'accesso alla giustizia come la protezione della personalità. Ma rivelano altresì una concezione per compartimenti stagni, se così di può dire, la quale trascura le interconnessioni "naturali" tra l'agire economico e l'agire in giudizio. Il punto è che non si tratta di sfere separate ma di vasi comunicanti, ciascuno dei quali influenza il funzionamento dell'altro. Per questo, un sistema giustiziale difettoso pregiudica l'ordine economico complessivo, condizionando le scelte di operatori e soggetti istituzionali. Si desiste dalle pratiche d'affari per non trovarsi in balia di un contenzioso eccessivamente lento e costoso. Queste mancate occasioni fanno perdere spazi all'economia che fatica a espandersi o anche solo a mantenere i livelli raggiunti. E le politiche economiche devono fare i conti, e finiscono per scontrarsi, con le insicurezze scaturenti da meccanismi di giustizia incapaci di rispondere prontamente ai bisogni di tutela oppure troppo dispendiosi per essere attivati.

strategie più convenienti e quindi a valutare *ex ante* quale sia il comportamento preferibile²³¹.

Però, non ci si può accontentare di questo.

Un po' perché l'economia moderna è qualcosa di più rispetto al mercato e alle sue leggi, sebbene l'uno e le altre ne rappresentino un punto di riferimento essenziale sia sotto il profilo teoretico che sotto quello pratico²³².

²³¹ Nella pratica degli affari si tratta anche di valutare se nel rapporto tra costi e benefici sia più oneroso mantenere gli impegni assunti oppure esporsi alle conseguenze che derivano dalla scelta di non adempiere ad essi. Se sia o meno ammissibile lasciare che in un moderno sistema economico le decisioni possano essere condizionate da questo tipo di giudizi è questione aperta. L'opinione contraria considera l'economia come ordine complesso che deve ispirarsi non solo a ragioni mercantilistiche bensì anche a valori etici. E contesta ogni approccio individualistico incline a privilegiare l'utilità del singolo piuttosto che il funzionamento d'insieme della macchina economica. Viceversa, l'analisi economica del diritto tende a dare preminenza alla soluzione più efficiente per chi agisce. Emblematico di questo modo di vedere è l'istituto cd. dell'inadempimento efficace in forza del quale nei rapporti contrattuali ciascuna parte che non ritenga conveniente adempiere è libera di sciogliere unilateralmente il vincolo negoziale e di corrispondere all'altra parte il risarcimento dei danni. Su questi temi cfr. P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rassegna di dir. civ.*, 2005, pag. 3; L. FRANZESE, *Il principio di sussidiarietà tra efficienza economica e bene comune*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2012, specie pag. 47-48.

²³² Il pensiero economico è condizionato dall'esistenza del mercato. Il che deriva dal fatto che la fenomenologia economica è principalmente una realtà di scambi. Così, anche le impostazioni teoriche più lontane dall'ideologia mercantilistica, se non vogliono limitarsi a pure astrazioni, non possono ignorare le ragioni del mercato, ma soltanto decentralizzarle calibrando il baricentro dell'esperienza economica anche su altri elementi e specialmente su valori etici. A maggior ragione, poi, a doversi rapportare con il

Un po' perché la stessa logica di mercato, o concorrenziale, non si presta ad essere irrigidita in uno schema fisso e pretende invece di rinnovarsi in uno sforzo di adattamento agli scenari dell'economia.

Così, la declinazione funzionale della qualità normativa va arricchita di un ulteriore livello. Quello della cultura.

La cultura intesa come strumento di conservazione e di sviluppo delle conoscenze – tutte – necessarie a valorizzare l'economia.

La qualità normativa, qui, è data allora dalla capacità di edificare l'ordine economico anche in senso euristico, intervenendo a favore del sapere e della ricerca.

Può trattarsi di *know how* relativi a processi di produzione, ad esempio. Fino ad arrivare alla cultura accademica e d'eccellenza. Come pure alla valorizzazione del patrimonio storico e artistico, che è sia mezzo di acculturamento sia bene produttivo di ricchezza materiale.

mercato è l'agire economico. Per quanto si possano rifuggire logiche di profitto non ci si può però muovere nell'economia moderna trascurandone i meccanismi principali che sono appunto quelli del mercato come luogo di incontro tra domanda e offerta. Tanto è vero che anche le regole deontologiche che entrano nella *corporate governance* delle società non negano il mercato, semmai lo correggono in senso etico. In particolare, questa e le altre forme di moralizzazione delle condotte – e dei costumi – imprenditoriali sono, ad un tempo, rimedi congegnati a partire dal mercato e al servizio del mercato. A partire dal mercato perché di solito derivano dall'osservazione dell'esperienza e, in particolare, delle storture che sono costate care a intere categorie di interlocutori economici, come ad esempio gli investitori. E, si diceva, al servizio del mercato perché costituiscono una regolamentazione della pratica degli affari diretta a implementare le tutele a favore di interessi potenzialmente pregiudicati da un'azione societaria troppo disinvolta.

Vedere in tutto questo una risorsa economica significa stabilire un legame strettissimo tra economia e civiltà. E tale legame è creato appunto dalla conoscenza. Talché la cultura diventa ponte tra lo sviluppo economico e l'avanzamento civile²³³.

L'idea di fondo, che è alla base stessa della cura del sapere imposta dalla costituzione, è che la società possa prosperare e progredire solo se è organizzata in modo tale da porre le condizioni che consentono alle persone di realizzarsi²³⁴. Pertanto, ciò che permette all'uomo di

²³³ *“Ponte decisivo tra sviluppo economico e avanzamento civile è la valorizzazione, in tutti i suoi aspetti – a partire dal patrimonio naturale ed artistico – della risorsa cultura”*. Cfr. il messaggio di fine anno del 31 dicembre 2012 del Presidente della Repubblica.

²³⁴ Naturalmente il principale riferimento costituzionale è costituito dall'art. 9 che tutela la cultura nella totalità delle sue manifestazioni compresa la protezione del paesaggio e del patrimonio storico e artistico. La portata della norma si specifica nella combinazione con altre disposizioni costituzionali, e precisamente gli artt. 1, 2, 33, 34. In particolare, dal principio personalistico di cui all'art. 2 la cultura riceve la specificazione finalistica ponendosi come valore primario da promuovere in funzione della realizzazione umana dell'individuo come singolo e come parte della società. Nel contempo, in quanto strumentale all'autodeterminazione della persona, la cultura diventa anche mezzo che consente all'individuo di sviluppare il senso critico necessario a partecipare all'esercizio della sovranità popolare di cui all'art. 1. Poi, in rapporto all'art. 33 la promozione culturale si associa alla libertà della cultura che rinvia ad un'idea pluralista rispetto alla quale la posizione dell'ordinamento è di assicurare le condizioni per il libero sviluppo culturale. Ancora, in relazione all'art. 34 l'azione promozionale si declina in termini di accesso alla cultura, intesa come istruzione, da garantire ai consociati. Sul piano della legislazione ordinaria la tutela dei beni culturali e paesistici è regolata dal relativo codice di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. Cfr. M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Cedam, 1991, Padova; P.

autodeterminarsi come individuo e come parte della comunità permette pure il funzionamento ottimale dell'economia.

L'individuo che può accedere alla conoscenza, nel formare la sua personalità acquisisce competenze. E queste ridondano a vantaggio del sistema economico in cui sono riversate.

In proposito, la filosofia giuridica si esprime in termini di sinergismo sociale, ad indicare che all'interno dell'organizzazione civile tutto ha da convergere alla valorizzazione delle competenze individuali in vista del benessere comune²³⁵.

E la portata di questo fenomeno si trasmette dall'esperienza intrastatale a quella più ampia, e globalizzata, delle relazioni internazionali. Talché il patrimonio tecnico-cognitivo che l'individuo utilizza nella realtà che abita contribuisce al benessere generalizzato su scala mondiale.

In questo modo, il sistema normativo che per costituzione ha da preoccuparsi della cura del sapere viene responsabilizzato, almeno idealmente, alla realizzazione di un bene che non ha confini geografici né temporali.

Benessere dell'uomo come benessere del genere umano. E la cultura è una leva del processo di miglioramento delle condizioni umane. Concezione questa che il pensiero giuridico, come quello filosofico, coltiva da diversi secoli, e la cui proiezione moderna ha i nomi di progresso umano e di sviluppo sostenibile.

PERLINGIERI – R. MESSINETTI, Sub *art. 9*, in *Commento alla Costituzione italiana*, a cura di P. PERLINGIERI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, pag. 44-49.

²³⁵ L. CABOARA, *I diritti delle competenze e la teoria del sinergismo sociale*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1962, pag. 338.

Vi è dunque una sostanziale continuità tra l'idea di progresso che aveva Turgot e quella attuale delineata nel rapporto Brundtland e nelle teorizzazioni di Sen e di Sachs²³⁶. A cominciare dal fatto che si tratta di posizioni teoretiche tendenzialmente olistiche, interessate pertanto a qualsiasi aspetto che valorizzi la persona e l'esperienza umana.

E in questa prospettiva totalizzante alla cultura è riconosciuto un ruolo specifico, oltre che essenziale. Sia come valore da trasmettere da una generazione all'altra. Sia come risorsa indispensabile da assicurare all'individuo per dargli l'opportunità di realizzarsi come crede nella società in cui vive²³⁷.

Col tempo, naturalmente, tutto ciò ha acquisito significati nuovi. Tant'è che nelle teorie moderne il progresso si combina appunto con lo sviluppo sostenibile che è nozione incentrata specialmente – ma non solo – sulla tutela ambientale²³⁸.

Ma questo certo non ha fatto venir meno l'importanza dell'elemento culturale. Semmai, ne ha arricchito le

²³⁶ TURGOT, *Second discours, Sur les progrès successifs de l'esprit humain, prononcé le 11 décembre 1750*, in *Oeuvres*, a cura di DAIRE-DUSSARD, Parigi, 1844, tomo II, pag. 597-611; A. SEN, *Development as Freedom*, New York, 1999; I. SACHS, *Social Sustainability and Whole development: Exploring the Dimensions of Sustainable Development*, in *Sustainability and Social Sciences*, a cura di E. BECKER – T. JAHN, Londra, 1999, pag. 25-36.

²³⁷ Lo sviluppo umano è concepito come processo di ampliamento delle scelte degli individui. E l'acquisizione delle conoscenze è una delle scelte essenziali a cui la persona deve avere accesso per non trovarsi in una condizione di esclusione sociale.

²³⁸ Soprattutto il rapporto Brundtland è scaturito da “*un'analisi focalizzata sulle tematiche ambientali*”. In proposito cfr. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, pag. 151 ove si trova l'espressione citata.

potenzialità, in corrispondenza ai molteplici fattori che hanno via via acquisito rilievo nelle dinamiche del progresso e dello sviluppo. Con quei fattori la cultura interagisce in un processo di valorizzazione reciproca. Essa diventa, tra le altre cose, educazione al rispetto delle risorse ambientali e delle differenze tra i popoli, come pure educazione al contenimento degli sprechi e al risparmio energetico, nonché sensibilizzazione verso la libertà dal bisogno e l'inclusione sociale.

Siffatte concettualizzazioni, peraltro, non appartengono solo alle trattazioni filosofiche. E anzi aspirano a tradursi in politiche in grado di indirizzare le azioni degli stati.

Infatti, poiché l'acculturamento dell'individuo serve a far progredire la civiltà, investire sul capitale umano, fatto di conoscenze e di istruzione e di educazione, è compito dell'ordinamento giuridico.

Lo stato è tenuto a perseguire lo sviluppo, meglio il progresso umano e lo sviluppo sostenibile. A imporlo sono gli impegni assunti in sede sovranazionale e le regole del diritto europeo²³⁹. E a imporlo sono anche le numerose

²³⁹ In particolare, vengono in rilievo gli obiettivi del millennio (*Millenium Development Goals*) che rappresentano traguardi di sviluppo condivisi dagli stati appartenenti al sistema ONU in vista della riduzione della povertà a livello mondiale. Sulla scorta delle teorizzazioni di Sen l'accesso alle conoscenze e alle risorse educative, a partire dall'alfabetizzazione, costituisce una delle condizioni essenziali da assicurare a ogni persona. Quanto al diritto europeo, è da considerare che la promozione dello sviluppo sostenibile, come del progresso sociale e scientifico e tecnologico, rientra tra le azioni dell'Unione (art. 2, Trattato sull'Unione Europea). E sono diverse le disposizioni dei Trattati che si richiamano a tali valori. In questo quadro generale gli obblighi degli stati membri sono poi specificati dalle norme europee di diritto derivato. Al riguardo, lo sviluppo sostenibile è di solito associato alle politiche ambientali. Come accade, ad esempio, in

disposizioni di varia natura ed efficacia che l'ordinamento interno si è dato per positivizzare il concetto di sviluppo sostenibile e la sua tutela²⁴⁰.

Non è tanto una questione di vincoli giuridici, almeno non nella maggior parte dei casi²⁴¹. Però è sempre una questione di immagine, di affidabilità. *Pacta sunt servanda*, questo sì è un vincolo, anche se non vi sono

rapporto alle misure di incentivazione all'uso delle energie rinnovabili. Da sottolineare altresì che “*l'obiettivo dell'eurosistema è lo sviluppo sostenibile*” e ad esso vano ricollegati anche i vincoli di bilancio imposti sia all'Unione che agli stati membri. In proposito cfr. G. GUARINO, *Italia, eurosistema, sistema mondo*, in *Diritto ed economia. L'Italia, l'Europa, il mondo*, in *I quaderni di economia italiana*, 2011, n. 8, specialmente pag. 200-201.

²⁴⁰ La disciplina principale è contenuta nel codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

²⁴¹ Non si vuole negare l'obbligatorietà delle azioni dirette a perseguire obiettivi di sviluppo sostenibile. Piuttosto si intende sottolineare che spesso non si dispone di parametri per stabilire i contorni di una condotta adeguatamente orientata allo sviluppo sostenibile. Questo è dovuto in larga parte alla frammentarietà delle diverse discipline che a vario titolo se ne occupano, prima fra le altre la normativa ambientale. Inoltre, la multifattorialità del concetto che racchiude in sé diverse componenti – e tra queste anche la cultura – imporrebbe interventi ad ampio raggio non limitati alla valorizzazione dell'ambiente. Sennonché la strumentazione normativa al riguardo è carente. In questo quadro di regolazione, ragionare per principi generali contribuirebbe a rendere effettivo l'impegno alla realizzazione dello sviluppo sostenibile. Probabilmente, lo stesso concetto di sviluppo sostenibile ha valore di principio generale, specie considerata la trasversalità che riveste all'interno dell'ordinamento giuridico. Ma anche a prescindere da questo, la portata assiologica della nozione di sviluppo sostenibile è tale da poter essere facilmente associata all'idea di bene comune, e così porsi quale fine al cui perseguimento indirizzare l'attività normativa.

strumenti di coercizione veri e propri che ne presidiano l'osservanza²⁴².

Ed è questione di sentire la responsabilità verso gli altri in una dimensione di “*interdipendenza del benessere*”, per cui ogni ordinamento con la sua condotta è in grado di condizionare in senso positivo o negativo il raggiungimento del benessere globale²⁴³.

Se è così, allora, le scelte normative dello stato dovrebbero mantenersi coerenti con questa visione di sviluppo incentrata sulla solidarietà tra generazioni e tra popoli, e sull'idea che la cultura sia una risorsa e non uno spreco.

Che il volere normativo abbia ad occuparsi di tutto ciò dovrebbe essere, forse ancor prima che una scelta di valore, un'esigenza di razionalità.

L'idea della continuità tra le generazioni presenti e future, come quella del collegamento tra gli uomini è insita nell'ordinamento stesso e nel concetto di diritto positivo. Il sistema normativo che governa una società organizzata ha da essere e da apparire stabile e permanente nel tempo²⁴⁴. Proprio per questo le leggi devono ragionare per cose future, come insegna la Retorica, e quindi essere formulate in modo generale e astratto²⁴⁵. Diversamente, sarebbero

²⁴² Osservare gli accordi giova alla considerazione da parte degli altri ordinamenti. Esattamente come avviene negli affari. E il credito internazionale è presupposto di alleanze e di azioni comuni da intraprendere con lo stato considerato affidabile. Queste *partnership* possono anche avere interesse economico, sia in termini di politiche comuni che di relazioni tra operatori.

²⁴³ L'espressione citata è di A. RAVA, *Crisi del diritto e crisi mondiale*, in AA. V.V., *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953, pag. 75.

²⁴⁴ Sul punto cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984, II, pag. 22.

²⁴⁵ ARISTOTELE, *Retorica*, I, 1.

“*precetti individuali*”, dettati per il singolo caso e destinati a esaurire i loro effetti in relazione ad esso²⁴⁶. Cosa che impedirebbe di formare un diritto oggettivo, per l'impossibilità di oggettivare la norma, di emanciparla dal singolo atto o fatto – concreto - cui si riferisce²⁴⁷.

E questo guardare a categorie generali, invece che all'*una tantum* del caso particolare, è appunto un guardare all'avvenire. In modo da rendere prevedibile quale sarà la reazione dell'ordinamento – le conseguenze giuridiche – di fronte a una data classe di azioni. Il che consente a ciascuno di coordinare i suoi comportamenti con quelli degli altri, e vale sia nei rapporti tra consociati che nei rapporti con l'autorità²⁴⁸.

Il patto tra generazioni, implicito nelle leggi che per definizione devono protendersi al futuro, è dunque un elemento di certezza del diritto²⁴⁹.

Si tratta di una caratteristica strutturale della norma legislativa, che la fa essere quello che deve essere per consentire all'ordinamento di sopravvivere, di proiettarsi in una dimensione di durata. Di questo si deve tener conto nel giudizio di valore sui contenuti da dare alla norma. Altrimenti, non si potrà avere una valutazione razionale sul cosa regolare, come, e perché.

Ebbene per non contraddire l'aspirazione a perdurare propria dell'ordinamento, per legiferare appunto in modo

²⁴⁶ Ancora V. CRISAFULLI, *Lezioni, loc. ult. cit.*

²⁴⁷ Secondo le categorie della teoria generale l'astrattezza consiste proprio nella riferibilità a situazioni tipo, vale a dire fattispecie (*species facti*), anziché a situazioni concrete. Cfr. A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 11 e ss.

²⁴⁸ G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in *Studi sul diritto*, Giuffrè Milano, 1958, vol. I, pag. 209 specialmente nota 1.

²⁴⁹ Cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza*, cit., pag. 50.

razionale, o logico, occorre equilibrare l'immediato con il divenire. Quel che ci si aspetta da una norma legislativa è che sappia prospettare soluzioni in grado di aprire l'esperienza giuridica verso il domani. Questo non può accadere con interventi estemporanei, con leggi che nascono per essere a breve termine, e magari si stabilizzano nel tempo senza, tuttavia, essere pensate e costruite sul lungo periodo.

E se ciò è vero sempre, lo è a maggior ragione per assicurare un'adeguata legislazione economica. Su questo piano di regolazione, in particolare, l'ottica dello sviluppo come canale tra le generazioni consente all'ordinamento di organizzare un'economia orientata a lasciare un'eredità. Che è anche un'eredità culturale attraverso cui si tramanda l'educazione ad "*agire per il bene proprio e di tutti*"²⁵⁰.

Il che potrebbe trovare pratica realizzazione attraverso una volontà normativa incline a favorire lo sfruttamento responsabile delle risorse, a rendere più efficienti le tecniche produttive, a contenere le speculazioni fini a se stesse che mettono in circolazione solo prodotti finanziari anziché beni o servizi.

Sapersi ispirare al bene comune, e meglio ancora saper individuare l'accezione di bene comune più rispondente alle esigenze dello sviluppo economico, è di per sé un fattore culturale. Anche per questo lo sviluppo economico – e l'economia in generale – non può prescindere dalla valorizzazione della cultura.

Se da un lato la cultura è parte integrante dello sviluppo e del progresso perché consente di acquisire la capacità critica, l'autonomia di giudizio, e la sensibilità necessarie ad orientare le scelte in modo favorevole al benessere infragenerazionale. Dall'altro lato, la sua è anche

²⁵⁰ A. RAVA, *Crisi del diritto e crisi mondiale*, cit., pag. 76.

un'azione complessiva che investe globalmente la fenomenologia economica favorendone il funzionamento²⁵¹.

Tanto da essere ormai acquisito che si tratti di un *asset* economico capace di migliorare lo stato generale dell'economia²⁵².

Ne deriva che qualsiasi scelta normativa che svaluti l'importanza delle conoscenze pregiudica il sistema economico. E non può avere alcuna utilità per l'organizzazione sociale. Ma se una legge non è utile, nel senso che non serve all'interesse generale, non può trovare legittima - e razionale - giustificazione all'interno dell'ordinamento²⁵³.

Il sistema legislativo che voglia favorire l'economia e il suo avanzamento, dunque, non può fare a meno di tutelare

²⁵¹ Per esemplificare, tra i tanti aspetti che sono positivamente influenzati dallo sviluppo della conoscenza rientrano senz'altro le professionalità, l'organizzazione produttiva, la conservazione delle tradizioni, l'utilizzo delle tecnologie e la propensione ad innovare, e non ultima la fruizione di tutti quei beni che a vario titolo sono detti culturali.

²⁵² Secondo l'impostazione della Banca Mondiale l'accesso alle conoscenze e a un livello elevato di scolarizzazione sono un capitale – *social capital* – da investire nel progresso. E i vantaggi che ne derivano in termini di miglioramento delle condizioni di vita e del sistema economico rappresentano la remunerazione per tutto quanto è stato speso al fine di rendere possibile l'acculturamento. Cfr. WORLD BANK, *World Development Report 2003, Sustainable Development in a Dynamic World, Transforming Institutions, Growth, and Quality of Life*, New York, specialmente cap. 2, pag. 13 e ss.

²⁵³ Cfr. G. AURITI, *Sulla necessaria interdipendenza tra il fondamento razionale del potere politico e la razionalità dell'ordinamento*, in *Riv. intern. filos. dir.*, 1962, pag. 303-306.

il sapere. Così da costruire l'ordine economico sulla "convivenza colta"²⁵⁴.

3. I principi generali nel processo normativo

Il valore qualitativo è ciò che permette alla norma di raggiungere lo scopo a cui è finalizzata. E dipende dall'intero processo di formazione, nel senso che investe tanto la tecnica di redazione quanto le scelte di valore. Pertanto, la qualità normativa, e con essa l'idoneità della norma a raggiungere il suo fine, non è solo questione di bello scrivere ma è anche, e soprattutto, questione di buon discernere e di buon decidere.

Questo legame tra la qualità e il finalismo o, meglio ancora, l'identificazione stessa della buona forma con la buona sostanza trova supporto teoretico nel *De dignitate*²⁵⁵. Ove si dice appunto che soltanto la buona legge raggiunge lo scopo suo proprio che è quello di realizzare il benessere della società²⁵⁶.

²⁵⁴ Si riadatta un'espressione riportata da L. CABOARA, *I diritti delle competenze*, cit., pag. 339.

²⁵⁵ Alla materia è dedicato un intero titolo significativamente rubricato come "*trattato della giustizia universale o delle fonti del diritto*". Cfr. F. BACONE, *De dignitate*, l. VIII, 3, trad. it., cit., pag. 483-508.

²⁵⁶ Per l'esattezza, Bacone indica il "*benessere di una società*" come scopo del diritto pubblico, e la "*felicità del cittadino*" come scopo della legge. Che con ciò abbia voluto distinguere tra bene comune e bene individuale sembra tuttavia poco plausibile. Soprattutto se si considera che l'Autore palesa di intendere la "felicità" in guisa di concetto riferito alla generalità dei consociati – e non al singolo – e le tributa contenuti omologhi a quelli che

E, per Bacone come per la scienza giuridica moderna, il requisito principale della bontà della legge è la certezza²⁵⁷.

La legge ha da essere “*certa in ciò che impone*”²⁵⁸.

Ebbene, la certezza che la norma “esprime” è la certezza che la norma “riceve” quando viene formata.

Talché, la certezza della norma dipende dalla certezza nel fare la norma, che è certezza su ciò che si sta regolando per sapere come e a che fine si può regolare. Come a dire che il precetto è reso comprensibile se è prima compreso da chi lo pone.

Tanto è vero che i fenomeni degenerativi, primo tra tutti il troppo regolare, rendono incerto il diritto ma danno anche l'impressione dell'incertezza del legislatore.

Ora, la certezza del legislatore “si intuisce” dall'opera, ossia dall'atto giuridico, ed è un valore senza parametri di raffronto. In linea di massima, però, sembra plausibile poterla ricondurre a due elementi che in qualsiasi attività intellettuale rivelano il grado di consapevolezza del soggetto agente. L'elemento cognitivo e quello volontaristico. Così, la sicurezza del legislatore dovrebbe per lo meno misurarsi attraverso ciò che egli trasmette – o non trasmette – alla norma giuridica in termini di padronanza della materia e di fermezza della volontà espressa. Di conseguenza, la certezza nel porre il diritto diventa questione di conoscenza e di decisione.

La conoscenza dell'oggetto da disciplinare, anzitutto, ma anche la conoscenza del contesto giuridico complessivo come pure della realtà sociale destinataria degli effetti

ricollega al “benessere”. Cfr. F. BACONE, *De dignitate*, l. VIII, 3, specialmente aforismi 4 e 5, trad. it., cit., pag. 483.

²⁵⁷ Certezza che è complementare alla giustizia, valore che però non riguarda direttamente la norma ma l'applicazione che ne viene fatta in sede giudiziale.

²⁵⁸ Cfr. F. BACONE, *De dignitate*, trad. it., cit., aforisma 7.

della norma²⁵⁹. E la decisione con cui si agisce nel procedere normativo, dunque l'atteggiamento con cui si assumono le determinazioni.

In tutto questo non ci possono essere regole che sappiano stabilire scientificamente cosa dia certezza alla norma. Tutt'al più si può tentare di individuare qualche elemento che in linea di massima possa associarsi all'idea di qualità normativa, e indicare così alcuni fattori potenzialmente in grado di contribuire all'elaborazione di disposizioni intellegibili. Questo è stato fatto in vario modo e a diversi livelli di dettaglio²⁶⁰. Sempre con il sottinteso, però, che il

²⁵⁹ La metodologia giuridica indica la conoscenza dell'oggetto tra "le regole dell'arte" della tecnica legislativa. Cfr. G. GROSSO, *Diritto dell'economia e tecnica legislativa*, in *Il diritto dell'economia*, 1960, pag. 487. Anche nella teorica di Savigny la conoscenza dell'oggetto è un requisito dell'attività legislativa e di codificazione, cfr. F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, trad. it. di M. PERETTI, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. MARINI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, pag. 109.

²⁶⁰ Si tratta di un profilo trattato sia a livello normativo, specialmente con le regole di semplificazione e riordino su cui ci si soffermerà poco più avanti, sia a livello dottrinale. Tra i contributi dottrinali sono senz'altro da annoverare le trattazioni di tecnica legislativa ma anche quelle di inquadramento più teoretico. A quest'ultimo riguardo rilevano, tra i molti e pregevoli studi, le riflessioni di Allorio che espone un "tentativo d'illustrazione sistematica delle manifestazioni della certezza". Cfr. E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, pag. 1203-1205. Ancora Lopez de Oñate che, invece, indica le manifestazioni "dell'incertezza del diritto", vale a dire oscurità, lacunosità, mancanza di semplicità, instabilità, molteplicità delle disposizioni in un unico testo, pluralità delle leggi, a cui aggiunge anche la lunghezza dei giudizi. Cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., pag. 82. Alcune indicazioni sono state date

quadro delineato resta indicativo, approssimativo e parziale. Nello specifico l'attenzione maggiore è rivolta alla chiarezza del contenuto espositivo e al riordino della normativa²⁶¹. Che sono, poi, i profili da cui si è sempre

anche in via giurisprudenziale specialmente da parte della Consulta. Ad esempio la già citata sentenza costituzionale 364/1988 che si è occupata della *ignorantia legis* in materia penale ha individuato i “criteri oggettivi” a cui potenzialmente va associata l'inevitabilità della mancata o erronea conoscenza della norma. E tali sono, indicativamente, l'assoluta oscurità o il “*gravemente caotico atteggiamento interpretativo*”. Cfr. Corte cost., 364/1988, cit., *sub* considerato in diritto, specialmente punto 27. Un altro esempio è offerto dalla sentenza costituzionale 158/1985 che ha indicato i criteri di formulazione della norma di delega legislativa, precisando che non deve contenere enunciazioni troppo generiche o troppo generali, riferibili indistintamente ad ambiti estremamente vasti, né deve contenere enunciazioni di finalità che non siano idonee a indirizzare l'attività del legislatore delegato. Cfr. Corte cost., 23 maggio 1985, n. 58.

²⁶¹ La materia è regolata da diverse disposizioni, contenute soprattutto nella legislazione di semplificazione, riassetto normativo, e competitività. I testi principali sono la l. 29 luglio 2003, n. 229, la l. 28 novembre 2005, n. 246, la l. 18 giugno 2009, n. 69. Va aggiunto, altresì, che quella della chiarezza è un'esigenza avvertita in relazione all'esperienza giuridica complessiva. Tanto è vero che è stata positivizzata sempre a partire dalla predetta normativa, specie dalla l. 69/2009, anche in rapporto alla qualità degli atti processuali come risulta ad esempio dall'art. 2 c.p.a. Sul piano del riordino e della sistematizzazione, poi, oltre ai testi già menzionati rileva la normativa delegata che ha dato attuazione alla delega taglia-leggi (l. 246/2005), e tutti i vari atti di delegificazione che si sono succeduti dall'entrata in vigore della l. 69/2009, nonché i testi unici che riuniscono le disposizioni di una stessa materia disperse in molteplici atti normativi. Nel quadro complessivo della disciplina rientra anche l'analisi dell'impatto della normativa, con competenze distribuite in rapporto alle diverse attribuzioni normative. Funzioni specifiche al riguardo sono assegnate, ad

fatta dipendere la certezza della singola norma e del complesso normativo in generale.

E anche i problemi restano quelli di sempre, nel senso che si può pure stabilire anche in via legislativa, come fanno gli odierni articolati sulla semplificazione, che i testi normativi hanno da essere chiari e comprensibili e formulati con un linguaggio adeguato e semplificato per quanto possibile. Ma questo non dice, non può dire ed è bene che non dica, come concretamente vadano redatti gli atti giuridici. Talché, oggi come nel Duecento e come all'epoca delle codificazioni, la comprensibilità del testo deriva dall'arte e dalla volontà di chi pensa e fa le norme.

Quanto al riassetto e alla sistematizzazione delle fonti già Bacone la giudicava "*opera veramente eroica*"²⁶². Tra l'altro, i relativi passaggi del *De dignitate* rivelano una perfetta corrispondenza tra le esigenze di riordino del Seicento e quelle attuali. Fin da allora qualsiasi riassetto comporta l'abrogazione delle norme superflue o contraddittorie e l'accorpamento delle discipline. Un po' come la delegificazione e i testi unici dell'esperienza contemporanea. Parimenti, fin da allora si ha netta la percezione della difficoltà insita in qualsiasi intervento di sistemazione del materiale legislativo. E quale ne sia la

esempio, alle autorità amministrative indipendenti in relazione ai rispettivi poteri di regolazione.

²⁶² A questo profilo è dedicata un'intera sezione del *De dignitate* intitolata "*Delle nuove raccolte di leggi*" e comprensiva degli aforismi da 59 a 64. Alla trattazione si richiama anche Savigny nell'illustrare i vantaggi della codificazione specie in termini di certezza del diritto e di sicurezza nell'uniformità applicativa. Cfr. F. BACONE, *De dignitate*, cit., aforisma 59 da cui è tratta l'espressione citata; F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, trad. it., cit., pag. 105.

ragione, certo da allora – e anche da prima – la dispersione delle norme resta una costante nella fenomenologia giuridica²⁶³.

Di sicuro, nella qualità espressiva e nell'ordine sistematico si rivela la consapevolezza dell'opera legislativa che determina la certezza della norma. Tanto è vero che tra gli aspetti che danno più immediatamente la percezione della sicurezza del legislatore rientrano appunto la chiarezza della formulazione, l'esattezza terminologica, nonché il coordinamento delle regole contenute nell'atto tra di loro e con il resto dell'ordinamento. E vi sono anche elementi che, viceversa, fanno intendere con uguale immediatezza che si è proceduto alla regolazione in modo incerto²⁶⁴.

²⁶³ Anche Cesare aveva tentato un'opera di riordino. Lo riferisce Svetonio nel passo già citato. Cfr. T. SVETONIO, *De vitae Caesarum, Iulius*, cit.

²⁶⁴ Ad esempio nell'articolato della l. 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni è da segnalare l'art. 21 *quinquies* sulla revoca del provvedimento. Per diverso tempo, tale articolo ha mantenuto due previsioni identiche in merito al *quantum* e ai presupposti dell'indennizzo dovuto dall'amministrazione a fronte degli effetti prodotti dalla revoca su eventuali rapporti negoziali (i commi 1 *bis* e 1 *ter*). Invero, la duplicazione è stata eliminata con l'abrogazione del comma 1 *ter* anche questa volta ad opera del d.l. 5/2012 conv. con modific. in l. 35/2012. Resta il fatto che la "coabitazione" è durata quattro anni, visto che il comma 1 *ter* era stato introdotto dal d.l. 25 giugno 2008, n. 112 conv. con modific. in l. 6 agosto 2008, n. 133. Dal canto suo il comma 1 *bis*, previsto dal d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 conv. con modific. in l. 2 aprile 2007, n. 40, ha avuto un inserimento travagliato dato che in sede di conversione è stato prima eliminato e poi reintrodotta. Secondo le definizioni del De dignitate si è trattato di un caso di omoionomia tra norme "che ripetono la stessa cosa". Cfr. F. BACONE, *De dignitate*, l. VIII, 3, trad. it. cit, pag. 496, aforisma 60. In dottrina si tende ad associare l'incertezza all'uso di formule prive di un significato preciso. Come accade ad esempio in relazione alla

Così, ad esempio, se la tenuta nel tempo di una data norma non ne indica di per sé il valore qualitativo, è però vero che il continuo ripensamento della stessa disciplina, magari con il frammentarsi di vecchie e nuove regole, rivela un'opera normativa insicura.

Ciò nondimeno, a cosa sia dovuta la misura della chiarezza o come si possa raggiungere una piena coerenza nei contenuti sono aspetti che non si prestano ad una predeterminazione. E nemmeno si può esaurire in essi il concetto indefinito e indefinibile di certezza della norma.

Si torna a ripetere, dunque, e questa volta citando Savigny, che non si possono fissare “*regole generali*” per la redazione delle leggi e, specialmente, tipizzare i “*requisiti dell'esposizione*”²⁶⁵.

Nulla più dell'esame del materiale esistente può dare l'idea di cosa determini la bontà delle leggi. Questo perché è nell'esperienza che si rivela la certezza, ossia nel “diritto fatto”.

E proprio in quanto la certezza è questione di realizzazione pratica piuttosto che di astrazioni teoriche ad essa si perviene volta a volta, a seconda del grado di consapevolezza raggiunto nell'attività normativa. Che è attività di ragione e, pertanto, deve essere assistita da quegli aspetti di cui si diceva, conoscenza dell'oggetto e decisione nelle scelte. Da qui deriva tutto il resto. Si adegua il linguaggio, si articola la formulazione nel modo più consono alla disciplina ora sintetico ora più analitico,

disciplina civilistica della responsabilità extracontrattuale che si incentra sulla nozione di danno “ingiusto”. In proposito, cfr. A. BARATTA, *Responsabilità civile e certezza del diritto*, in *Riv. intern. filos. dir.*, 1965, pag. 31.

²⁶⁵ Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, trad. it., cit., specialmente pag. 108.

si compone un quadro sistematico delle regole, e si provvede ad ogni altro aspetto che contribuisca alla qualità della norma non secondo un modello predefinito, bensì rispetto al concreto bisogno di regolazione.

Ma se è così, allora la bontà della legge, la sua certezza, dipende dal ragionamento giuridico che si sviluppa nel procedimento di formazione.

Orbene, per quanto l'attività normativa derivi da esigenze che si delineano nella realtà senza un ordine preciso, qualunque processo normativo che possa dirsi razionale si attua di necessità attraverso il riconoscimento dei bisogni da soddisfare, la scelta dei mezzi e del modo per soddisfarli, e infine la regolazione vera e propria²⁶⁶.

A tutto questo occorre dare almeno una logica. Logica da intendere come “*strumento di sistemazione*” che funziona non secondo il rigore di uno schema matematico, ma secondo la relatività dei concetti giuridici²⁶⁷.

E tra i concetti giuridici da utilizzare per dare un ordine logico sistematico al pensiero e al volere normativo va riconosciuta una posizione preminente ai principi generali. In realtà la metodologia giuridica sembra non sbilanciarsi, al riguardo. Anzi parrebbe incline ad una posizione in qualche modo agnostica, dal momento che non specifica se i principi generali, ai quali pure si riconduce con una certa frequenza, siano i soli concetti giuridici utilizzabili dalla sistematica.

Tuttavia, il ruolo dei principi è già scritto nel fondamento teoretico del metodo. Che si richiama proprio ad essi per

²⁶⁶ In proposito cfr. G. SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, pag. 231.

²⁶⁷ L'espressione citata è di S. PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, Saggi, Giuffrè, Milano, 1951, pag. 655.

giustificare il bisogno di unità sistematica dell'ordinamento²⁶⁸. In particolare, sui principi si regge quell'ordine logico che impedisce al sistema di “fallire”, ossia di opporre un *non liquet* ad una domanda di giustizia²⁶⁹.

Ciò, peraltro, non dice solo che i principi occupano un posto d'onore nella sistematica, ma dice soprattutto che è nella “logica” dell'ordinamento che ciò che guida il giudice nella soluzione dei casi insoluti sia anche ciò che dirige il legislatore nella produzione del diritto.

Questo il piano delle teorizzazioni. Ma non è solo su questo piano che ci si deve muovere per riconoscere la portata dei principi rispetto al farsi del diritto positivo. Bisogna anzi assumere una prospettiva più ampia, che mantenga ferme le linee essenziali della metodologia sistematica senza tuttavia che i principi vi si perdano come concetti giuridici qualsiasi e anonimi. Occorre, in altri termini, far emergere la specificità dei principi generali, ossia ciò che li rende elementi di cui il diritto ha bisogno per migliorarsi e di cui l'ordinamento si serve per sopravvivere.

E di fronte a questo, di fronte alla rappresentazione dei principi come categoria utile in sé all'esperienza giuridica – anche - nella produzione del diritto positivo non si fa più solo questione di costruzioni teoriche. Talché, anche a

²⁶⁸ Cfr. S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Diritto civile*, cit., pag. 670 e 674.

²⁶⁹ I principi generali sono le regole di giudizio che si applicano nei casi non coperti dal diritto positivo (art. 12, disp. prel. c.c.). Se non ci fossero, di fronte a qualsiasi controversia che non può essere risolta dalla legge l'ordinamento contraddirebbe se stesso perché si troverebbe costretto a disattendere l'obbligo di decidere. Ecco allora che nell'azione combinata tra principi e divieto di denegare giustizia il sistema giuridico esprime la sua unitarietà logica.

negare che le concettualizzazioni della dottrina sistematica possano entrare nel ragionamento giuridico del legislatore, e questa è la posizione di quanti criticano la metodologia logica, non si potrebbe far altro che ammettere che in quello stesso ragionamento debbano invece entrare i principi²⁷⁰.

Principi che non sono semplici elementi di logica, appunto. Ma strumenti giuridici che “per logica” vanno presi in considerazione nel processo di genesi delle norme. Logica vuole che nel discernere i fini, nello stabilire cosa sia bene comune, ci si possa e ci si debba avvalere di quei concetti che nella loro generalità come pure nella loro portata unificante e connettiva consentano di vedere i valori, i nessi e i sistemi, che uniscono e connettono l’ordinamento. Questa, del resto, è sempre stata considerata la connotazione funzionale minima dei principi generali. Che siano o meno norme, senz’altro sono almeno orientamenti di politica-legislativa ossia direttive di cui tener conto nel procedimento di formazione del diritto positivo.

Tecnicamente si parla di funzione costruttiva e programmatica²⁷¹. Ad indicare, appunto, il valore “sistematizzante” dei principi che si realizza attraverso un

²⁷⁰ Per una disamina sull’uso della logica nel procedimento normativo cfr. G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1925, pag. 364-386.

²⁷¹ Secondo la terminologia utilizzata da Crisafulli, alla quale la scienza giuridica tende a uniformarsi pur con qualche variante. Ad esempio, talvolta si fa riferimento alla funzione genetica o normogenetica o normativa o programmatica in funzione normativa, cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, 1986, vol. XXXV, pag. 495-533; G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2006.

vincolo programmatico, che dirige l'attività normogenetica verso una certa "*linea di sviluppo dell'ordinamento*"²⁷². Vincolo la cui portata cambia a seconda di come si guardi ai principi generali²⁷³.

²⁷² L'espressione citata è di V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1941, pag. 251.

²⁷³ In proposito le soluzioni delineate nella letteratura giuridica sono davvero varie. Anche nella teoria di Crisafulli si adombrano delle incertezze su quale sia la *vis* dei principi rispetto alla produzione delle norme giuridiche. E ciò sembra dovuto principalmente alla sovrapposizione tra il rango dei principi generali, meglio delle norme che li esprimono, e il rango delle norme da produrre. Così i principi generali espressi o desumibili da norme costituzionali sono giuridicamente obbligatori sia per la legislazione ordinaria che per il diritto derivato. Mentre i principi generali che non sono formalmente costituzionali vanno considerati "*assolutamente obbligatori*" solo per il diritto derivato, invece hanno portata obbligatoria "*di massima*" verso la legislazione ordinaria che ha, appunto, facoltà di attenervisi o meno. Cfr. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione*, cit., pag. 252-253 testo e nota 76. Nella presente trattazione, invece, si è scelto di enucleare il concetto di principi generali non tanto in rapporto a una fonte normativa, ma semmai in relazione alla trasversalità all'interno del sistema giuridico. Sicché, un principio generale è tale perché manifesta in sé uno dei fondamenti del diritto complessivo che opera in una certa realtà, indipendentemente dalla circostanza che sia rintracciabile in questa o in quella fonte normativa. Nella maggior parte dei casi il fatto stesso di essere un fondamento del sistema giuridico sottende che si tratti di un principio in qualche modo esistente nell'articolato costituzionale. Ma di ciò non si può avere certezza assoluta. Per questo sembra scientificamente più rigoroso il criterio qui adottato. Poi, una volta accolta questa impostazione non pare doversi distinguere l'atteggiamento dei principi nel processo di formazione del diritto a seconda del livello della norma da produrre. Detto questo, per tornare alle tesi dottrinali che si sono occupate dell'efficacia dei principi generali

Se precetti giuridici – quindi norme – da osservare senz'altro nella produzione normativa, in guisa di regole di condotta e in un certo senso di condotta normativa. Oppure indirizzi teoretici che, seppur privi di natura giuridica – metanorme - esprimono ideali di tale valore, specialmente etico, da “poter” ispirare la genesi del diritto positivo.

Ora, indipendentemente dalla concezione che si abbia dei principi generali, il vincolo programmatico che da essi promana nel processo normativo è, se non un imperativo giuridico, almeno un postulato logico. Nel senso già precisato.

Nulla a che fare, quindi, con le categorie della logica pura o formale che procede per sillogismi, assiomi, principi matematici²⁷⁴. Ma valutazione ragionevole delle scelte di

nell'attività normogenetica, è da ricordare altresì l'analisi di Betti. Il quale ravvisa nei principi generali degli “*ideali di politica legislativa*” che agiscono come direttive programmatiche, precisamente “*criteri programmatici*”, all'interno del processo normativo sì da favorire il “*progresso della legislazione*”. E sia che operino in tal guisa, sia che operino come canoni interpretativi, per l'esattezza “*criteri direttivi per l'interpretazione*”, non assumono valore di norme giuridiche vere e proprie ma, tutt'al più, valgono come “*regole generali derogabili*” destinate, pertanto, a soccombere in caso di contrasto con disposizioni specifiche. Ciò nondimeno, ossia al di là della debolezza strutturale dei principi generali, l'Autore vi riconosce - ed è questo il tratto saliente della teoria – una effettiva funzione normogenetica per così dire dinamica. Nel senso che la loro portata etica e politica non si esaurisce nei limiti in cui venga recepita dal diritto positivo, ma si definisce progressivamente nel tempo e opera proprio in vista dell'evoluzione del sistema giuridico. Qui la ben nota affermazione dell'eccedenza assiologica che caratterizza i principi rispetto alle norme. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione*, cit., pag. 312-318.

²⁷⁴ L. RECASENS SICHES, *Rivoluzione teorica e pratica nell'interpretazione del diritto*, in *Riv. intern. filos. dir.*, 1962, pag. 429.

valore e delle possibili soluzioni per dare adeguata risposta ad una data esigenza di regolazione.

Il ragionamento per principi, come si diceva sopra, serve dunque ad enucleare i criteri assiologici e i fondamenti del sistema giuridico cui raccordare fini, mezzi, e contenuto della norma. Senza con ciò dar luogo ad un irrigidimento dogmatico della produzione normativa. Infatti, i principi non sono elementi cristallizzati ma concetti in divenire²⁷⁵. E questo carattere mai definitivamente compiuto viene via via forgiato da tutti quei fattori (etici, sociali, storici, *etc.*) che entrano nell'esperienza giuridica. Talché nell'evolvere dei principi si manifesta la linea evolutiva del diritto, il "programma" verso cui va orientata la produzione normativa. Avvalersi dei principi in funzione costruttiva rende allora possibile indirizzare il complesso normativo secondo quella linea direttrice di sviluppo che proprio nei principi si profila.

Tutto questo non serve a costruire le norme in modo scientifico, ma ad assicurare che la "*ragione legislatrice*" non abbia a contraddire i valori dell'ordinamento, per non contraddire se stessa e la sua funzione²⁷⁶.

A porre le norme è l'autorità. E l'autorità in quanto *auctor*, se vuole rimanere fedele alla sua natura, deve agire in

²⁷⁵ Della non staticità dei principi generali si è già detto nel trattare della loro eventuale, e mai attuata, codificazione. Cfr. cap. II, par. 6.

²⁷⁶ L'espressione citata è utilizzata da G. MARINI, *Principi generali del diritto nel sistema politico*, in *Soggetto e principi generali del diritto*, Società Italiana di filosofia giuridica e politica, Atti del XV congresso nazionale, a cura di M. BASCIU, Giuffrè, Milano, 1987, pag. 101-118.

modo da far crescere e da sostenere l'organizzazione sociale alla cui cura è preposta²⁷⁷.

Quando regola, dunque, non compie soltanto un atto di imperio, come se si limitasse ad esercitare un potere coercitivo. Ma ha da esprimere “*un che di giusto e di rispettabile*” perché questa è la sua identità²⁷⁸. Ed è ciò che la fa essere qualcosa di diverso dal potere puro e semplice, di cui dispone ma in cui non si immedesima.

Di conseguenza, la norma che promana dall'autorità non manifesta – o non dovrebbe manifestare - la volontà del più forte, ma del più grande. Ossia di chi deriva la sua superiorità non dalla potenza ma dalla ragione o, comunque, dal consenso²⁷⁹. Nel contempo, sempre in quanto posta dall'autorità che, appunto è *auctor*, la norma

²⁷⁷ La radice etimologica di *auctoritas* è *auctor* che deriva da *augeo* (far crescere) e indica colui che fa crescere o anche il promotore, vale a dire chi dà impulso, o inizio, a qualcosa per farla avanzare.

²⁷⁸ N. TOMMASEO – G. RIGUTINI, *Dizionario dei sinonimi della lingua italiana* di N. TOMMASEO, completamente riveduto e aumentato da G. RIGUTINI, Milano, 1944, n. 2799, pag. 660.

²⁷⁹ La base consensualistica caratterizzava il sistema romano, come è posto in evidenza ad esempio da Schulz che descrive l'autorità come un concetto associato al riconoscimento di essa da parte dei *cives* e non tanto ad una giustificazione razionale. Ma anche se mancava siffatta giustificazione, l'elemento volontaristico insito nel consenso – incontro di volontà – faceva sì che il presupposto del principio di autorità che governava l'ordinamento fosse un sentimento di fiducia verso le istituzioni e non una soggezione subita. Cfr. F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Monaco, 1934, trad. it. a cura di V. ARANGIO RUIZ, *I principii del diritto romano*, Firenze, 1949, pag. 143-163. In relazione al diritto moderno la rappresentazione del principio di autorità come “*sintesi di forza e di consenso*” è delineata da G. DELITALA, *La crisi del diritto nella società contemporanea*, in A.A. V.V., *La crisi del diritto*, cit., pag. 87.

dovrebbe essere finalizzata a ciò che risulta utile all'organizzazione sociale.

Non il comodo del più potente - secondo la regola di Trasimaco - ma il bene comune, che è il bene di tutti²⁸⁰.

In concreto, il benessere complessivo della comunità si realizza di volta in volta attraverso la specifica finalità assegnata al dato intervento normativo, la cd. *ratio legis*. Finalità da individuarsi, dunque, calando il concetto astratto di bene comune sul terreno specifico della regolazione da approntare.

In termini più analitici, secondo le concettualizzazioni della scienza giuridica, si tratta di individuare l'interesse immediato, o secondario, attraverso cui attuare l'interesse mediato, o primario, che è appunto il bene comune²⁸¹.

Questo consente di vedere se l'utilità di tutti sia meglio perseguita tutelando gli interessi particolari dei singoli oppure l'interesse generale del gruppo²⁸². E consente altresì di valutare a quale interesse si debba dare preminenza in caso di conflitto tra categorie di interessi - pubblici o privati - o tra interessi della stessa categoria.

A prescindere da quel che ne può derivare sul piano della ripartizione tra rami del diritto, tale operazione serve a

²⁸⁰ Cfr. PLATONE, *Repubblica*, I, 12.338.

²⁸¹ Sulle categorie di interessi cfr. S. PUGLIATTI, v. *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, 1964, vol. XII, pag. 696-746.

²⁸² È la distinzione tra interesse individuale e interesse generale o collettivo, distinzione che stando alla cd. teoria dell'interesse segna il discrimine tra diritto privato e diritto pubblico. Detta teoria di derivazione romanistica è accolta ad esempio da S. PUGLIATTI, v. *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., specialmente pag. 739 e ss. Non è invece condivisa da G. ZANOBINI, v. *Diritto pubblico (diritto moderno)*, in *Noviss. dig.*, vol. V, pag. 1021-1023; e neppure da H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1925, pag. 340-357.

coordinare il bisogno di tutela implicato nel fine della legge con l'interesse complessivo di tutti.

Poi, dal momento che la realizzazione dei fini dipende dalla scelta dei mezzi, gli uni e gli altri non possono andare disgiunti nelle considerazioni del legislatore. Sicché, all'individuazione dell'interesse fa da contraltare la determinazione degli strumenti atti a raggiungere lo scopo. Il che presuppone tutta una serie di valutazioni collaterali che - con estrema semplificazione - possono ricondursi a giudizi di proporzionalità e di efficacia delle potenziali misure ma che in concreto, al di là delle classificazioni, richiedono di prendere in considerazione innumerevoli fattori. Tra questi possono rientrare l'incisione di eventuali posizioni di interesse, nonché l'economicità della soluzione privilegiata, e i molteplici aspetti che concorrono a una rappresentazione il più possibile esaustiva degli effetti, quindi dell'impatto, che la specifica disciplina potrà avere sulla realtà sia fattuale che normativa in cui sarà inserita.

In tutto questo la complessità e la delicatezza delle valutazioni da compiere rende estremamente complicata l'elaborazione del diritto positivo.

Non c'è atto normativo, se non addirittura norma giuridica, che non costituisca sintesi di plurimi e diversi “*moventi*”, e che non manifesti in sé un “*incontro di numerosissime volontà diverse*”²⁸³. Arrivare a questa sintesi, che poi è riduzione a unità delle istanze di regolazione da soddisfare, impegna in decisioni sia politiche sia tecniche. Le une di tipo finalistico e le altre di carattere strumentale rispetto alla realizzazione pratica degli obiettivi stabiliti.

²⁸³ M. LONGO, *Per la fondazione di una «scienza della legislazione»*, cit., pag. 592.

Nella gran parte dei casi, molto probabilmente e anzi è quasi certo, il risultato definitivo non è la manifestazione della volontà di tutti, o almeno della maggioranza, come imporrebbe la struttura democratica dell'ordinamento. Per certi versi, è addirittura legittimo che sia lasciata una certa libertà di scelta all'autorità titolare del potere normativo²⁸⁴. Così che possa determinarsi tra più soluzioni che appaiono equivalenti. Specie in situazioni di forte contrapposizione nelle quali nemmeno risulterebbe un indirizzo univoco tale da esprimere la volontà generalmente condivisa dai consociati. Tuttavia, questo non significa che tramite l'esercizio del potere normativo si possa legittimamente imporre all'organizzazione sociale “*una volontà estranea alla sua*”²⁸⁵. Tanto più se l'orientamento della volontà popolare è obiettivamente percepibile²⁸⁶.

²⁸⁴ In proposito cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., cap. VIII.

²⁸⁵ Cfr. L. DE SAINT-JUST, *Fragments sur les Institutions républicaines*, ouvrage posthume, cit., trad. it., cit., pag. 193.

²⁸⁶ Un caso di discrasia tra volontà normativa e volontà popolare univocamente espressa è stato ravvisato dalla Corte costituzionale in materia di servizi pubblici (Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199). È la vicenda che riguarda il regime di affidamento diretto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, regime che per volere normativo si è fatto sempre più ristretto, mentre per volere popolare dovrebbe essere applicabile secondo le regole del diritto europeo, vale a dire ogni volta in cui il ricorso alla concorrenza si riveli di ostacolo alla “*specifica missione*” dell'ente (art. 106, TFUE). E che questo sia l'orientamento della società civile – o almeno del corpo elettorale – risulta dagli esiti della consultazione referendaria, che ha determinato l'abrogazione della disciplina che subordinava l'affidamento diretto a condizioni più restrittive rispetto a quelle previste dal diritto dell'Unione europea. Il riferimento è all'art. 23 *bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 conv. con

Ammesso che un margine di arbitrio in chi fa le norme, l'arbitrio del legislatore come lo chiamava Scialoja, sia in qualche modo inevitabile, e forse anche giusto, ciò che

modific. in l. 6 agosto 2008, n. 133, e al regolamento attuativo d.P.R. 168/2010, normativa che è stata abrogata in seguito al *referendum* del 12 e 13 giugno 2011 e per effetto del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113. Nonostante ciò, in sede di adeguamento ai risultati referendari e alla normativa europea il volere normativo ha riprodotto le regole abrogate e, anzi, le ha per certi versi irrigidite. Qui il riferimento è all'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 conv. con modific. in l. 14 settembre 2011, n. 148. Ebbene, la Consulta chiamata a pronunciarsi sull'illegittimità della disciplina statale per contrasto con l'art. 75 Cost., ha appunto riconosciuto che con il "*ripristino della normativa abrogata*" il volere normativo ha disatteso il volere popolare reso palese dai risultati del *referendum* abrogativo (Corte cost., 199/2012, *sub* motivi della decisione, punto 5.2.2.). Invece, avrebbe dovuto conformarsi all'intento manifestato dai consociati che si sono espressi con il loro voto. Il richiamo all'intento, quindi al fine perseguito, si presta ad una considerazione. Tra gli argomenti a difesa della normativa veniva delineata una differenza di *ratio* tra la nuova disciplina e quella abrogata. Nel senso che si sarebbe passati da una tutela della concorrenza "per" il mercato a una tutela della concorrenza "nel" mercato (Corte cost., 199/2012, *sub* svolgimento del processo, punto 6). Il fatto è che, in ogni caso, si è perso di vista che la volontà espressa in sede referendaria va in direzione opposta a quella delle regole del mercato, e fa prevalere la "*specificca missione*". Che è come riaffermare la finalizzazione all'utilità generale a cui la Costituzione destina i servizi pubblici e a cui, in tal modo, vincola le scelte normative. È vero che il regime concorrenziale di per sé può conciliarsi con la realizzazione dell'utilità generale. È anche vero, però, che possono darsi situazioni in cui l'utilità generale sia meglio perseguita con l'*in house* o con altri moduli di affidamento diretto (es. partenariato *sub specie* di società partecipate miste). E proprio quelle situazioni vanno tutelate, lasciando alle amministrazioni direttamente coinvolte di decidere come regolarsi.

conta è che “*l’ingranaggio*” del procedimento normativo sia salvaguardato²⁸⁷.

Perché questo accada il volere normativo deve tradursi in un precetto razionale, ove per tale si intende una regola che sia almeno ragionevolmente giustificabile nel sistema giuridico in cui viene ad inserirsi. E la condizione minima di questa ragionevole giustificazione è che si tratti di una norma giuridica assunta nell’interesse della compagine sociale. Talché, l’arbitrio di cui si diceva, e che non è altro che discrezionalità politica, deve in ogni caso essere contenuto entro i limiti di quel che occorre a raggiungere l’unico scopo ragionevolmente perseguibile attraverso il diritto positivo. Si tratta dunque di un arbitrio tollerabile se non diventa strumento per introdurre norme arbitrarie.

La logica dei principi applicata al procedimento di genesi normativa serve proprio a preservare il meccanismo – sopra s’è detto “*l’ingranaggio*” - che porta alla razionalità delle scelte positive.

Nel rapportarsi ai principi generali l’autorità ha modo di orientare le sue decisioni in assonanza ai valori dell’ordinamento²⁸⁸. E questo conferisce al complesso normativo un ordine sistematico, che non ha nulla a che fare con gli ideali del razionalismo settecentesco o con quelli opposti del positivismo. Non si tratta né di un’apertura alla ragione universale, né di una chiusura entro i confini tutto sommato limitati degli atti legislativi.

²⁸⁷ L’espressione citata è di G. BALLADORE PALLIERI, *La crisi della personalità dello Stato*, in in A.A. V.V., *La crisi del diritto*, cit., pag. 143. Quanto al concetto di arbitrio del legislatore cfr. V. SCIALOJA, *L’arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, in *Scritti giuridici*, Roma, 1932, pag. 36-45.

²⁸⁸ Cfr. G. MARINI, *Principi generali del diritto nel sistema politico*, cit., pagg. 101-118.

Si tratta piuttosto di una sistematicità finalizzata ad inserire l'intervento normativo nella dimensione dell'esperienza giuridica complessiva. Per far sì che il *novum* sia coordinato con le linee assiologiche che danno identità all'ordinamento e, a sua volta, contribuisca a ridefinirne i contorni.

In questa prospettiva, ogni manifestazione del volere normativo è pensata per diventare parte di un insieme anziché, semplicemente, risposta a una contingenza. Ragionare in questi termini permette di “sentire” cosa sia utile, e come vada raggiunta tale utilità, in raccordo al bisogno di stabilità immanente all'ordinamento.

Soltanto con questo tipo di valutazione diventa possibile creare norme che siano – come dovrebbero essere - regole di coesistenza²⁸⁹. E che lo siano nel modo in cui le intendeva Santi Romano vale a dire strumenti per tutelare e dirigere gli interessi e le azioni degli individui delle generazioni presenti e future²⁹⁰.

Se è così, allora, l'apporto dei principi generali al processo di normogenesi è da considerare in funzione del permanere in vita dell'ordinamento stesso.

A suo tempo si è visto che solamente una normazione concepita per essere tramandata e per essere estesa a una serie indeterminata di fattispecie è davvero idonea a

²⁸⁹ Per la definizione del diritto come “*regola di coesistenza sociale*”, cfr. F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, Società editrice libraria, Milano, 1901, vol. III, pag. 3 e ss., *passim*.

²⁹⁰ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969, pag. 7-8; IDEM, *Le prime carte costituzionali*, ibidem, pag. 163.

obiettivarsi, e pertanto può aspirare ad acquisire un certo grado di certezza. Come a dire che la sicurezza della comunità organizzata dipende dall'aver un complesso di norme capaci di creare sistema con le altre norme e di collegare gli individui nel tempo. Norme, dunque, dotate di una connettività a vari livelli che le rende strumenti di coesione all'interno dello stesso ordinamento e tra l'ordinamento e la sua proiezione futura.

Orbene, nulla più dei principi generali può dare una visione d'insieme dei nessi che collegano l'ordinamento e dei contenuti assiologici che tengono unita l'organizzazione sociale. Ciò, oltretutto, in una dinamica di continuità temporale che protende in avanti la fenomenologia giuridica. Questo conferisce loro un'attitudine naturale a indirizzare il processo di normogenesi verso la formazione di regole che abbiano quelle caratteristiche più sopra indicate, e siano pertanto *ius certum*.

Tutto questo, poi, non dice solo quanto sia rilevante il contributo che i principi generali sono in grado di dare alla produzione del diritto positivo. Dice anche che quel contributo non è meramente cognitivo ma diventa in qualche misura morfologico.

I principi, infatti, non danno solo la struttura logica del ragionamento, gli schemi entro cui svolgere i giudizi di valore. Essi comunicano anche qualcosa di sé alla materia, alla sostanza delle norme. Tanto è vero che quelle caratteristiche che consentono alle norme di essere autentiche regole di convivenza civile, e dunque diritto positivo in senso compiuto, altro non sono che

“frammenti” delle proprietà connaturate ai principi generali²⁹¹.

Poiché sono proprio quei “frammenti” a rendere le norme positive tendenzialmente stabili, pertanto certe, ecco allora che i principi generali sono strumenti di certezza del diritto. E lo sono in forza delle loro qualità intrinseche, vale a dire in forza del loro essere ad un tempo elementi della tradizione ed entità in divenire, oltre che strutture di raccordo tra le varie parti dell’ordinamento.

²⁹¹ La scelta del termine “frammenti” utilizzato nel testo non è casuale. Con ciò si vuole rievocare la nota espressione “frammenti di disposizioni” che designa quegli enunciati normativi incapaci di produrre autonomi effetti giuridici e, pertanto, destinati a operare soltanto in combinazione con altre disposizioni. Secondo parte della letteratura i principi generali, sebbene dotati di natura normativa, appartenerebbero a tale categoria giuridica. Ebbene, senza nulla togliere a tale ricostruzione teorica, in questa sede con la scelta terminologica in discorso si intende sottolineare che vi sono ragioni obiettive anche per invertire i ruoli e, in un certo senso, definire le disposizioni a partire dai principi generali. Sulla nozione di frammenti di disposizione cfr. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, art. 1-9, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Soc. ed Foro italiano, Roma, 2011, pag. 702-704; IDEM, *I principi generali nel diritto: l’esperienza pubblicistica*, in *I principi generali del diritto, atti del convegno (Roma 27-29 maggio 1991)*, Accademia nazionale dei lincei, Roma, 1992, pag. 251-252. In dottrina, poi, il termine frammento è usato anche nell’espressione “*frammento del tessuto normativo*” ad indicare che la norma da sola non forma una disciplina giuridica compiuta, e va pertanto considerata come “frammento”, parte, di un gruppo di prescrizioni più ampio. Cfr. S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., pag. 674. Infine, un richiamo all’uso dell’espressione “frammenti” non sarebbe completo se non si ricordassero anche i “*Frammenti di un dizionario giuridico*” di Santi Romano. Cfr. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947.

A ben vedere, dunque, ciò che rende tanto elastico e indeterminato il profilo concettuale dei principi generali è ciò che infonde sicurezza e stabilità al sistema giuridico.

Orbene, lungi dal voler costruire le norme come se fossero principi generali, ciò che si ottiene con la logica dei principi è di emancipare la produzione normativa, nei limiti del possibile, da un modo di procedere estemporaneo e occasionale.

Il che è utile anche per “gestire” gli interventi di regolazione provvisoria a vario titolo ammessi dall’ordinamento. In questi casi, non meno che negli altri, la contingenza ha da essere comunque regolata entro le coordinate di fondo del sistema giuridico. Qui ragionare per principi consente di calibrare l’eccezionalità della situazione con la necessità, e di solito l’urgenza, di esercitare il potere normativo in deroga ai paradigmi usuali. La differenza rispetto alle ipotesi per così dire ordinarie è di prospettiva. Nella normalità dei casi, infatti, la riconduzione a sistema tramite i principi generali ha l’obiettivo di promuovere una normativa tendenzialmente duratura. All’opposto nelle situazioni eccezionali la stessa operazione serve a congegnare una regolazione temporanea che, pertanto, nella logica dell’ordinamento non può consolidare i suoi effetti.

Tutto questo vale in generale e vale naturalmente anche sul piano specifico dell’economia. Tanto è vero che una delle applicazioni principali della sistematica giuridica riguarda proprio la legislazione economica²⁹².

Va da sé, la qualità normativa non dipende solo dai principi generali, che li si voglia considerare isolatamente o come strumenti di una tecnica. A prescindere da teorie e

²⁹² G. GROSSO, *Diritto dell’economia e tecnica legislativa*, in *Il diritto dell’economia*, 1960, pag. 487-490.

astrazioni nella vita reale le scelte economiche sono condizionate da una moltitudine di interessi che è difficile ridurre a sistema. Cosa che impedisce una razionalizzazione pura della produzione normativa.

Si deve però aspirare alla ragionevolezza. Questo è il senso da dare all'applicazione pratica dei principi nel processo di formazione del diritto positivo.

A cominciare da quello che Capograssi indicava come l'intervento principale dell'esperienza giuridica nell'economia²⁹³. Preservare lo scopo, i fini dell'esperienza economica armonizzandoli con le esigenze della convivenza civile.

Sono i principi a far vedere come il benessere comune vada declinato nel dato atto normativo.

Talvolta i fini sono già tipizzati. In questi casi l'azione dei principi è di ricondurre il pensiero normativo alla data accezione di bene comune prescelta dall'ordinamento²⁹⁴.

²⁹³ G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, Padova, 1940, vol. I, pag. 233.

²⁹⁴ La materia dei servizi pubblici offre uno spunto di riflessione. Si è già detto della finalizzazione all'utilità generale. E si è altresì avuto modo di cennare a quel particolare modulo organizzativo che consiste nell'affidamento per ambiti territoriali minimi. Ebbene, in rapporto alla suddivisioni in ambiti la normativa statale non prevede una disciplina uniforme per l'intera categoria dei servizi pubblici locali, ma differenzia il regime. In via generale, la scelta di introdurre il regime degli ambiti è demandata alle regioni (art. 3 bis, d.l. 138/2011 conv. con modific. in l. 148/2011, come integrato dall'art. 25, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1). Però alla regola generale si affiancano le disposizioni speciali sempre statali, ad esempio in materia di servizio di distruzione del gas, che impongono il regime degli ambiti (1 giugno 2011, n. 93). Il sistema così è diviso nel senso che per alcuni servizi è la potestà legislativa regionale a dover scegliere quale sia il livello territoriale di affidamento più

Ciò serve ad evitare che istituti giuridici o gruppi di norme o settori di disciplina con una certa vocazione possano essere distolti dal loro fine “naturale” senza una ragione “logicamente” fondata nel sistema giuridico. E, se del caso, è sempre tramite i principi che diventa possibile rappresentare nel processo normativo quelle ragioni sistematiche che consentono o impongono di dare una nuova o una diversa fisionomia finalistica all’oggetto da regolare. Nella quale ipotesi, poi, sono ancora i principi a orientare nell’individuazione della finalità più consona da perseguire. Cosa che si attua in modo non dissimile rispetto alla generalità delle situazioni, quando non sussiste uno scopo predefinito associato alla materia dell’intervento normativo.

In ogni caso per poter individuare il fine che corrisponda davvero al bene comune, occorre guardare alla realtà e a ciò che genera il bisogno normativo.

Ebbene, da tempo ormai, la normazione che abbia attinenza con l’economia è polarizzata sulla crisi

congegna al perseguimento dell’utilità generale, per altri servizi invece la scelta è già imposta dalla normativa statale. E questo nonostante la categoria dei servizi pubblici locali sia indistintamente destinata alla realizzazione della medesima finalità. Senza contare, poi, che questa differenziazione sembra anche difficilmente giustificabile in rapporto all’assetto costituzionale del riparto delle competenze legislative. A prescindere dall’individuazione di chi sia l’effettivo titolare del potere legislativo, dall’insieme della normativa risulta che la stessa materia è affidata a due diversi soggetti. E questa pluralità di legislatori per uno stesso fine suggerisce per associazione di idee il richiamo ad un passo del *Discours de la methode*, nel quale si lega la medesimezza dei fini perseguiti dalle leggi all’opera di un legislatore unico. Cfr. R. DESCARTES, *Discours de la methode*, trad. it. di L. URBANI ULIVI, *Discorso sul metodo*, Bompiani, Milano, 2006, pag. 109.

economica, diventata la crisi per antonomasia. Tutto sembra trovare giustificazione solo se è “a misura” di crisi. Qualunque cosa questo voglia dire, dato che all’atto pratico non è affatto chiaro quale sia, e debba essere, la direzione delle azioni di contrasto alla congiuntura.

La normativa variamente intitolata alla ripresa o allo sviluppo economico sembra privilegiare obiettivi di crescita economica. E con essi uno sforzo sempre maggiore di adeguamento alla *governance* europea in materia economica e di integrazione in quello che Guarino indica come “*eurosistema*”²⁹⁵. Con il che, però, si realizza una dicotomia. La dicotomia tra l’aumento di ricchezza che si vorrebbe raggiungere e la “*recessione*” provocata specialmente dalle misure dirette a ridurre l’indebitamento pubblico²⁹⁶. Probabilmente questo è in qualche misura

²⁹⁵ Cfr. G. GUARINO, *Diritto ed economia. L’Italia, l’Europa, il mondo*, cit.

²⁹⁶ In proposito rileva la riforma costituzionale - compiuta con l. cost. 20 aprile 2012, n. 1 - che ha imposto l’obbligo del pareggio di bilancio in attuazione al Trattato di stabilità finanziaria firmato il 2 marzo 2012 e contenente il cd. *fiscal compact*. Lo stato si è così vincolato ad assicurare “*l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio*”, come prevede l’art. 81 Cost. riformato e del pari le pubbliche amministrazioni, in forza del nuovo art. 97 Cost., sono tenute ad assicurare “*l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico*”. Lo stesso vale per gli enti territoriali, come stabilisce il testo novellato dell’art. 119 che conserva loro l’autonomia finanziaria ma “*nel rispetto dell’equilibrio dei relativi bilanci*” e condiziona ora il ricorso all’indebitamento al rispetto dell’equilibrio di bilancio da parte del complesso degli enti di ciascuna regione. Infine, la “*armonizzazione dei bilanci pubblici*” è diventata materia di competenza legislativa esclusiva statale di cui all’art. 117, comma 2, lett. e) Cost. e dunque non appartiene più alla sfera della competenza concorrente. L’equilibrio di bilancio diverrà operativo a partire dall’esercizio finanziario relativo al

inevitabile, soprattutto per le responsabilità che derivano dall'inserimento in una dimensione sovranazionale quale è l'Unione. Non si è soli a decidere. Tuttavia, si può e si deve riflettere. Perché anche nell'insieme ognuno è “*un esemplare unico*”²⁹⁷. Quando si tratta di stati, e dunque di organizzazioni sovrane, questo essere unici si traduce sul piano dell'ordine economico nella specificità delle discipline giuridiche e fiscali. Che sono specificità a loro volta connesse alla specificità delle condizioni da regolare. Se è vero che il destino oramai comune dei popoli europei impone di seguire le stesse regole è anche vero però che le regole vanno stabilite tenendo conto delle diversità e dei differenti effetti che possono provocare a seconda del contesto in cui si inseriscono.

Regolare lo sviluppo richiede di tenere in considerazione anche le condizioni concrete, il contesto. La prospettiva non è quella di impedire l'evoluzione e il progresso dell'economia, ma di costruire sull'esistente. E di adattare gli obiettivi in modo graduale.

Peraltro, una cosa resta comunque valida indipendentemente dalle scelte di merito, quale che sia il rimedio alla “crisi” che si ritiene di privilegiare. L'ordinamento giuridico necessita di essere sempre pensato come un *continuum*, e deve pertanto attuarsi in un

2014. In una situazione come quella attuale di scarsità di risorse economiche, il fatto di dover mantenere in pareggio entrate e uscite determina la contrazione della spesa pubblica. Il riferimento alla “*recessione*” è contenuto nel messaggio di fine anno del 31 dicembre 2012 del Presidente della Repubblica.

²⁹⁷ Gli spunti per le osservazioni che seguono sono tratti da G. GUARINO, *Italia, eurosistema, sistema-mondo*, in *Diritto ed economia*, cit., pag. 173-217, l'espressione citata si trova a pag. 175; IDEM, *L'Europa imperfetta. UE: problemi, analisi, prospettive*, *ibidem*, pag. 219-274.

sistema normativo orientato all'instaurazione di un ordine duraturo.

Ecco allora che accanto ai fini rilevano anche i mezzi. Vale a dire la strumentazione giuridica che si presenti come la più adeguata a realizzare l'utilità voluta, sempre in rapporto alla realtà dell'organizzazione sociale.

Nei fatti, la tendenza ricorrente pare essere quella di affidare le discipline economiche agli atti normativi tipici dell'emergenza. Questo però ha poca rispondenza con la situazione reale a cui difetta il carattere di temporaneità che invece deve sussistere per poter utilmente – e legittimamente – utilizzare le strutture giuridiche che l'ordinamento riserva alle situazioni eccezionali. E a ben vedere, proprio lo stato permanente della crisi richiederebbe di essere regolato non tanto nell'immediatezza, come è invece caratteristico degli atti emergenziali, quanto nella continuità. Continuità che per natura non può attuarsi attraverso misure “staccate” ma presuppone, al contrario, interventi complessivi e coordinati in un disegno più ampio e coerente²⁹⁸.

È dunque all'organicità del sistema che occorre riportarsi anche quando si tratta di definire in quali forme modulare il procedere normativo²⁹⁹. E questa riconduzione all'unità è lo specifico dei principi.

²⁹⁸ La frammentazione legislativa in campo economico, derivante dalla tendenza a privilegiare “*provvedimenti staccati e di emergenza*”, è un aspetto da cui parte della dottrina desume argomenti per escludere carattere autonomo al diritto dell'economia. Cfr. E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, cit., pag. 1210.

²⁹⁹ Si tratta della funzione caratteristica della sistematica teorizzata dai giuristi economici, cfr. G. GROSSO, *Diritto dell'economia e tecnica legislativa*, cit., pag. 489.

Così, unitamente al fine e alla realtà anche i mezzi vengono inquadrati nella logica complessiva dell'ordinamento. Ciò permette di discernere quale sia lo strumento normativo che nell'insieme unitario del sistema si presenta come il più adatto allo scopo. Questo non significa escludere *a priori* interventi emergenziali o di qualunque altro tipo, ma limitarli ai casi in cui abbiano ragione d'essere, perché solo a questa condizione la scelta di avvalersene risulta coerente con il sistema giuridico. Il risultato è quello di razionalizzare l'uso dei vari mezzi che l'ordinamento appresta.

In tutto questo il singolo bisogno di regolazione è affrontato “nel sistema”. Nel senso che entra a farne parte. Tanto è vero che la scelta dei fini e dei mezzi è sempre rapportata al dato della realtà ossia al contesto dell'organizzazione sociale o “all'ambiente”, come si esprimono i teorici di scienza della legislazione³⁰⁰. Siffatta considerazione della realtà – del fatto – non è solo la considerazione della situazione tipo che ordinariamente impegna il ragionamento normativo. Sembra essere qualcosa di ulteriore che pure non contraddice i criteri di generalità e di astrattezza da osservare nel porre le norme. Il fatto non entra nella valutazione per principi al fine di regolare un caso pratico. Il fatto entra nella valutazione per principi al fine di “aiutare” il potere normativo, e per suo tramite il sistema giuridico, a discernere cosa corrisponda al sentire condiviso in quella determinata organizzazione sociale.

È come se i principi introducessero nel processo normativo la rappresentazione del diritto che la società vorrebbe. Non perché la produzione normativa si risolva nel

³⁰⁰ Il termine “ambiente” è usato da M. LONGO, *Per la fondazione di una «scienza della legislazione»*, cit., pag. 583 e ss.

riconoscimento di un diritto positivo che vive nella coscienza popolare, secondo le categorie della scuola storica³⁰¹. Piuttosto, perché si tratta di dare all'ordinamento una “*forma giuridica*” coerente con gli orientamenti ai quali tende la società civile³⁰².

Così che questa possa riconoscersi nelle leggi che la governano. E dunque rispettarle.

La logica dei principi, allora, non è solo una sistematizzazione di regole. Ma è una sistematizzazione di regole che serve all'esperienza giuridica per non estraniarsi dalla società civile.

³⁰¹ “Nella coscienza comune del popolo vive il diritto positivo ... sicché quando sorge il bisogno di concepire la regola nella sua forma logica, questa deve ottenersi ... traendola da quella complessiva intuizione“, cfr. F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1840-1849, trad. It. di V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, Unione tipografico-editrice, Torino, 1886, vol. I, pag. 42 e 44.

³⁰² L'espressione citata è di S. PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica*, in *Diritto civile*, cit., pag. 698.

Conclusioni

Le ragioni dell'ipertrofia legislativa risiedono principalmente nelle trasformazioni del reale, o meglio nell'illusione che la naturale mutevolezza dei fatti giustifichi una pari mutevolezza delle regole del diritto positivo.

Senonché, la lentezza del “meccanismo” giuridico da cui dipende il farsi della norma rispetto alla rapida trasformazione del mondo prova di per sé la fallacia di questo ragionamento³⁰³. E condanna il diritto positivo a un permanente stato di inadeguatezza.

³⁰³ Non meno fallace è poi il tentativo di porre rimedio a questo scarto accelerando l'attività normativa. Specie se, come di solito accade, ciò avviene attraverso il ricorso generalizzato alla strumentazione giuridica d'urgenza. Una “abitudine” questa che segnala varie inefficienze del sistema. Tanto per cominciare viene travisato il mezzo, che nell'economia dell'ordinamento ha da mantenersi entro i confini dell'eccezionalità. Poi, non è affatto detto che la frenesia di regolare valga a star dietro ai mutamenti della realtà, e anche quando ci riesce nei tempi potrebbe rimanere comunque distaccata per l'inadeguatezza dei contenuti. E questo perché un procedere veloce non garantisce la ponderazione di tutti i fattori rilevanti. Soprattutto per definizione si tratta di un mezzo per produrre discipline temporanee e quindi non è adeguato a produrre diritto stabile nel tempo. La vocazione alla temporaneità reca con sé una visione limitata al contingente, con il risultato che le regole per quanto introdotte celermente finiscono per essere superate altrettanto celermente. Tutto ciò imprime all'ordinamento positivo un carattere di immediatezza “*disordinata ed episodica*”. L'espressione appena citata è di Cfr. S. PUGLIATTI, *Crisi della*

La mutevolezza della fenomenologia umana in tutte le sue articolazioni è inevitabile, ed è conseguenza diretta di quel continuo sforzo che l'esistenza stessa impone di compiere per vivere con pienezza il proprio tempo³⁰⁴. Ed è pure inevitabile che il diritto tenti di adeguarvisi per realizzare sé stesso la sua natura di regolamento della convivenza civile. Tutto sta allora nei mezzi che si utilizzano per realizzare questo obiettivo.

La regola aurea dovrebbe essere quella indicata dalla tomistica³⁰⁵. Il mutamento della legge, la produzione di nuove regole, si giustifica soltanto se determina un miglioramento. E il miglioramento è sempre da rapportare alla realizzazione del bene comune. Perché è soltanto dal bene comune che può derivare la compensazione alla *deminutio* che l'ordinamento subisce quando viene cambiato in qualcuna delle sue norme.

In ciò, oltre ad un'evidente ragione etica, si riconosce un'altrettanto evidente e solidissima ragione di teoria generale. Che vuole il diritto consolidarsi attraverso l'uso ripetuto nel tempo. Perché la legge non ha altra forza che il "costume", come insegna la tradizione aristotelica³⁰⁶.

Alla stabilità dell'ordinamento occorre la conservazione delle leggi.

Ciò perché il perpetuarsi della norma determina il persistere del tutto. In un rapporto che potrebbe essere lo stesso che insiste tra la goccia d'acqua e il mare. E si dice questo non tanto per evocare l'infinitesimo della parte

scienza giuridica, in *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, Saggi, Giuffrè, Milano, 1951.

³⁰⁴ Lo spunto della riflessione deriva da quanto scrive G. DEL VECCHIO, *La crisi della scienza del diritto*, in *Studi sul diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, pag. 167.

³⁰⁵ TOMMASO, *Summa Theologia*, 97, 3.

³⁰⁶ ARISTOTELE, *Politica*, I., II, 1269 a.

rispetto all'immensità del totale. Ma per esprimere l'unicità dell'insieme. L'ordinamento è stabile se lo sono le norme che lo compongono, e perde sempre qualcosa in tenuta se le "sue" regole sono deboli.

Se non ci sono i presupposti del miglioramento, allora, non dovrebbe farsi luogo al nuovo, ma si dovrebbe mantenere la norma esistente. E adeguare gli strumenti giuridici alle esigenze della realtà.

Del resto, non serve mutare le leggi per mutare l'ordinamento, diceva Santoro Passarelli³⁰⁷. A sottolineare che il diritto "*diventa*", si evolve, non rimane uguale a se stesso, e i suoi cambiamenti si attuano spontaneamente, senza che sia necessario l'intervento del legislatore.

Una norma non è mai la stessa norma rispetto a quando è entrata in vigore. Gli effetti di cui essa è capace si specificano nella realtà, "vivono" nell'ordinamento, e col tempo acquistano nuovi significati. Così, nel consolidarsi attraverso l'applicazione, il precetto giuridico sviluppa le sue potenzialità e diviene quello che prima non era, o che non era ancora.

Va da sé che questa innata mutevolezza si realizza al meglio se la norma è ben fatta. Ossia se possiede quelle caratteristiche di stabilità, di continuità, e di coesione con il contesto normativo che la fanno essere tendenzialmente certa e idonea a perdurare³⁰⁸.

Un buon materiale normativo, nel senso appena precisato, di solito riesce a "seguire" le trasformazioni di quella parte del reale di cui si occupa³⁰⁹.

³⁰⁷ Cfr. l'intervento di F. SANTORO PASSARELLI, in *I principi generali del diritto, atti del convegno (Roma, 27-29 maggio 1991)*, Accademia dei Lincei, 1992, Roma, p. 8.

³⁰⁸ Su questi aspetti cfr. *retro* cap. 3.

³⁰⁹ Se una norma è stabile significa che ha ricevuto un'applicazione costante ed è stata osservata, e dunque può contare sull'abitudine

che ad essa hanno fatto sia gli interpreti sia i consociati. Se una norma è stata congegnata per conservarsi nel tempo ha già una sua duttilità ai cambiamenti della materia. Infine, se una norma si inserisce organicamente nel sistema giuridico allora è in grado di comunicare con le altre norme e con i gruppi di norme da cui è integrata e con cui si combina. Tutti questi fattori sono strumenti di adattamento in mano all'interprete. Mezzi attraverso i quali senza forzare il dato normativo si possono ricondurre ad esso i fatti e le esigenze di regolazione sopravvenuti rispetto a quelli originariamente tipizzati. Procedere in questo modo ha un nome preciso per i giuristi economici. Si tratta dell'interpretazione secondo la "*logica della continuità*" teorizzata nell'ambito degli studi sulla certezza del diritto in economia. E la continuità è quella che intercorre tra la regola esistente, che non deve essere travisata, e lo sviluppo di quella stessa regola, l'esplicazione del potenziale applicativo che essa racchiude. Similmente, la continuità è anche "*continuità strutturale*" che consiste nel mantenere istituti giuridici già presenti nel tessuto normativo destinandoli però a nuovi utilizzi. Questo fa sì che unitamente alle strutture giuridiche si conservino pure le garanzie di certezza, di prevedibilità che quelle stesse strutture sono in grado di offrire per il solo fatto di essere già note e in uso nella pratica degli affari. E nel contempo, proprio su questa base di certezza, si determina una "*innovazione funzionale*" dei mezzi a disposizione – appunto le vecchie strutture, i vecchi istituti - che vengono arricchiti di nuove attribuzioni e di nuovi impieghi per adattarsi alle esigenze emerse nella realtà. Nelle categorie della dottrina questo *modus operandi* appartiene alla prassi più che alla tecnica interpretativa della continuità di cui s'è detto sopra. Sembra però che l'adattamento degli istituti altro non sia che un'articolazione di quella stessa tecnica attraverso cui è possibile sviluppare il significato precettivo delle norme già esistenti in vista di nuove applicazioni. Tanto è vero che gli istituti sono pur sempre disciplinati da norme o da gruppi di norme, talché il loro adattamento presuppone in ogni caso un'attività interpretativa del materiale normativo di riferimento. Non è dunque tanto questione di distinguere tra tecnica interpretativa e prassi, distinzione a cui forse si vorrebbe far corrispondere la distinzione tra adattamento delle norme elaborato dal giudice e adattamento

Ma per avere un buon materiale normativo, come si diceva, probabilmente bisognerebbe realizzare quello che in letteratura si indica come decentramento giuridico³¹⁰. Che può pensarsi come un'articolazione per così dire "multilivello" degli strumenti giuridici. Non una dispersione di competenze normative. Piuttosto una sinergia, e insieme un arricchimento, di mezzi e di istituti attraverso cui regolare l'economia. Il che dovrebbe passare attraverso il ripensamento del sistema delle fonti, per come si presenta oggi, e attraverso il rinnovamento della cultura giuridica.

Servirebbe preparare ed abituare – ma viene da dire anche prepararsi ed abituarsi - a ricercare le radici delle leggi, i fondamenti che permettono di ricostruire il sistema.

Ecco i principi. Che assumono qui rilievo come strumenti di acculturamento, di educazione al bisogno normativo. Di guida alla consapevolezza che la "norma" – quella scritta, quella posta dal legislatore – non serve sempre.

Il loro agire logico è quello di far vedere valori nesi e collegamenti tra le varie parti che riconducono ad unità l'ordinamento. Così danno l'idea di come funziona e di come potrebbe funzionare il sistema giuridico. Il che serve a discernere come dare risposta alle esigenze di regolazione.

degli istituti praticato dagli operatori con le loro azioni concrete. Sia chi opera in via giudiziale sia chi opera in via di prassi si fa comunque interprete, e occorre che si ponga in una logica di continuità per far luogo all'adattamento delle norme o degli istituti alle nuove esigenze. Su questi temi, T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, p. 1239.

³¹⁰ In proposito, cfr. F. CARNELUTTI, *Certezza, Autonomia, Diritto, Libertà*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, pag. 1193-1194.

Questo dovrebbe essere il presupposto per imparare a fare bene le leggi. Perché fare bene le leggi significa anche sapere in che misura regolare. E cosa non regolare. Certamente non per lasciare vuoti, ma per modulare la disciplina giuridica attraverso gli strumenti che il diritto offre.

Non anomia, ma combinazione di “regole”.

Qui i principi smettono di essere soltanto regole di cultura per diventare regole di condotta accanto alla norma scritta. Regole a modo loro. Nei principi non si trova la tipizzazione dei comportamenti ma l’indicazione di fini e di valori, il quadro entro cui mantenersi per stare nel sistema a cui si appartiene. La legge può fermarsi laddove arrivano i principi, ossia nel punto in cui i principi riescono a garantire certezza e prevedibilità. Perché in quel punto non c’è bisogno d’altro per dare sicurezza giuridica ai casi della vita.

In quegli spazi lasciati liberi dalla legge, gli stessi in cui operano i principi, agli individui è data la possibilità di regolare da sé i propri interessi.

Il decentramento giuridico così si realizza nel concorso tra il diritto “imposto” dall’autorità – la legge - e quello “scelto” dagli operatori economici – il contratto. In questo ordine economico i principi fanno da collante, da forza coerenziatrice. Al legislatore indicano la misura da tenere nel regolare, e ai consociati – ai soggetti economici – indicano come muoversi liberamente dentro il sistema. Ed è così che fanno vedere ciò che ciascuno può volere. Esattamente come la “norma certa” nella formula di Lopez de Oñate³¹¹.

³¹¹ Al riguardo, cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, nuova ed. riv. con i saggi di G. CAPOGRASSI, P. CALAMANDREI, F.

Nelle categorie giuridiche moderne il decentramento in economia diventa sussidiarietà della legge³¹². Sussidiarietà che è lo specifico di ciò che è d'aiuto – *subsidium* – e che interviene solo all'occorrenza, proprio come un rinforzo. Come un rinforzo, poi, ha carattere tendenzialmente recessivo. Non che la sua azione non sia importante, semplicemente è destinata ad operare solo nei limiti in cui serve.

Sul presupposto che la fenomenologia economica sia meglio governata da un diritto che permette ai singoli di “*essere regola*” a se stessi, la legge deve servire, in particolare, a valorizzare l'autonomia³¹³. Che è pur sempre un'autonomia nel vivere comune, e quindi un darsi le regole in una dimensione di socialità³¹⁴. E la natura sociale dell'uomo, anche dell'*homo oeconomicus*, dovrebbe dirigere spontaneamente i comportamenti verso il conseguimento di un'utilità generalizzata. Verso il “*filo che guida gli uomini*”, come diceva Carnelutti³¹⁵. Verso

CARNELUTTI, P. FEDELE, a cura di G. ASTUTI, Giuffrè, Milano, 1968, pag. 50.

³¹² Per un'analisi delle applicazioni della sussidiarietà alla fenomenologia economica cfr. L. FRANZESE, *Il principio di sussidiarietà tra efficienza economica e bene comune*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2012, pag. 29-58.

³¹³ Non si tratta di un assunto aprioristico ma di un dato concreto. L'eccesso di regolazione non assicura la salute dell'economia. In proposito cfr. L. FRANZESE, *Il principio di sussidiarietà tra efficienza economica e bene comune*, cit., specialmente pag. 33 dove si sottolinea l'incapacità della “*ipertrofica regolazione dei mercati finanziari*” di prevenire pratiche distorsive.

³¹⁴ “*L'homme est un être essentiellement sociable*”. Cfr. M. P. PRADIER-FODERE, *Principes généraux de droit, de politique et de législation*, Parigi, 1869, cap. I, pag. 1.

³¹⁵ F. CARNELUTTI, *Certezza, Autonomia, Diritto, Libertà*, cit., pag. 1194.

quei principi, sempre loro, sempre i principi generali del diritto, che danno il senso del giuridico.

Questa sarà pure filosofia, ma è una filosofia attraverso la quale si analizzano le dinamiche dell'autodisciplina nell'economia globalizzata³¹⁶.

Alla prova dei fatti, nella realtà, nell'ordine economico entrano i valori. Valori da rendere criteri di giudizio per costruire il diritto positivo. E valori ai quali orientare i comportamenti quando il diritto positivo non c'è o non è sufficiente.

In questo comporsi tra positivo e assiologico è la condizione perché il giuridico riesca a compiersi per quello

³¹⁶ E proprio su questo campo di osservazione si parla, si torna a parlare, di diritto naturale. Come sistema di regole che corrisponde “*ai bisogni effettivi del vivere comune*”. Diritto naturale, sì. Quasi un eterno ritorno. O, meglio, un richiamo persistente nella coscienza giuridica. Anche in quella più pervicacemente impegnata ad affermare il primato della legge. Perché, in fondo, nell'idea di diritto che si professa si mette sempre l'idea di giustizia che si ha. Così, che si riconosca o che si rifiuti la cittadinanza giuridica del diritto naturale, ad esso in qualche misura ci si riporta nel declinare il proprio concetto di *iustum*. Sul diritto naturale in economia, cfr. G. GUARINO, *Italia, euro sistema, sistema mondo*, in *Diritto ed economia. L'Italia, l'Europa, il mondo*, in *I Quaderni di economia italiana*, 2011, n. 8, pag. 217 da cui è tratta l'espressione citata. Si segnala anche Franzese che qualifica il fenomeno di sussidiarietà in economia come “*ragione sociale del diritto*”, cfr. L. FRANZESE, *Il principio di sussidiarietà tra efficienza economica e bene comune*, cit., pag. 53. Al diritto naturale si richiama anche Carnelutti, in proposito cfr. F. CARNELUTTI, *Certezza, Autonomia, Diritto, Libertà*, loc. ult. cit. Quanto alla concezione moderna di diritto naturale, cfr. G. PERTICONE, v. *Diritto naturale (teoria moderna)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. 5, 1960, pag. 953-958; nonché F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pag. 281-300.

che è. L'essenza e l'esistenza che nelle categorie di Kaufmann danno la struttura ontica del diritto³¹⁷.

Come a dire che il diritto senza principi semplicemente non è.

E il modo più immediato di dirlo sta in quella frase tanto ripetuta da essere diventata assioma. La legge non può prevedere tutto³¹⁸. Non lo può fare perché, anche se muta e diventa e vive, in sé non ha la ricchezza dell'essere umano che muta e diventa e vive in un modo infinitamente più grande. E non può prevedere tutto perché le mancano le parole per farlo. Il “*così deve essere*” che esprime è la traduzione imperfetta e parziale del “*così deve essere*” che corrisponde al sentimento giuridico più profondo, quello che si ammanta dei valori che danno identità all'ordinamento³¹⁹.

Ecco perché la buona legge è quella creata con la consapevolezza del limite. Avere coscienza che tutto non si può prevedere allontana dalla pretesa di volere prevedere tutto.

³¹⁷ Secondo Kaufmann positività e naturalità sono i “*principi ontici che danno forma al diritto*” e corrispondono a ciò che con altro linguaggio, quello della ontologia generale, si indica come situazione e sostanzialità, nonché esistenza ed essenza. Nel che si richiama alla teorica tomistica del *quod est* e del *quo est*, vale a dire *existentia* ed *essentia*. Cfr. A. KAUFMANN, *La struttura ontologica del diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1962, specialmente pag. 558.

³¹⁸ “*Le législateur ne peut tout prévoir*”. Cfr. Grenier nel discorso riportato nella raccolta di A. FENET, *Recueil complet de travaux préparatoires du code civil*, Parigi, 1836, cfr. *ibidem*, tome VI, 1827, rapport fait au nom de la section de législation, 28 février 1803, pag. 363-378. L'espressione citata è a pag. 375.

³¹⁹ “*Così deve essere*” è espressione di F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., pag. 204.

È qui che sta il senso del regolare. Nella ricerca di un equilibrio “tra *il definire e il non definire*”³²⁰. Quella “*giusta misura*” che rende il diritto arte. E che lo rende certo.

I principi rivelano la misura, perché hanno le parole che mancano alla legge. E con il loro linguaggio l’esperienza giuridica si arricchisce in cultura e in regole. Così per quanto indefinibili, ed elastici, ed oscuri, i principi restano immanenti.

Non immutabili, e neanche fermi. Eppure certi.

³²⁰ In ciò consiste la certezza del diritto secondo Carnelutti. Cfr. F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, cit., in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., pag. 205 in cui si trovano le due espressioni citate nel testo, quella contrassegnata da questa nota e quella immediatamente successiva.

Bibliografia

M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Cedam, 1991, Padova.

E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 1956.

G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2006.

A. AMORTH, *Il contenuto giuridico della Costituzione*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Modena*, Modena, 1946.

ARISTOTELE, *Organon, Primi Analitici*.

ARISTOTELE, *Politica*.

ARISTOTELE, *Retorica*.

T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 1956.

G. AURITI, *Sulla necessaria interdipendenza tra il fondamento razionale del potere politico e la razionalità dell'ordinamento*, in *Riv. intern. filos. dir.*, 1962.

F. BACONE, *De dignitate*, trad. it. a cura di E. DE MAS, *Opere filosofiche*, Laterza, Bari, 1965, vol. II.

G. BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952.

G. BALLADORE PALLIERI, *La crisi della personalità dello Stato*, in in A.A. V.V., *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953.

A. BARATTA, *Responsabilità civile e certezza del diritto*, in *Riv. intern. filos. dir.*, 1965.

S. BARTOLE, v. *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXV, 1986.

F. BATTAGLIA, *Marsilio da Padova e il "defensor pacis"*, (1324), in *Riv. intern. fil. dir.*, 1924.

E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, in *Riv. intern. filos. dir.*, 1925.

E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971.

F. BILANCIA, *Ordinanze di necessità e potere di deroga al diritto oggettivo*, in *Giur. cost.*, 1992.

B. BIONDI, v. "Ius,, in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, 1963.

N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. internaz. filos. dir.*, 1951.

N. BOBBIO, v. *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, 1957.

N. BOBBIO, v. *Norma giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, 1965

N. BOBBIO, v. *Diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, 1960.

N. BOBBIO, v. *Principi generali di diritto*, in *Noviss. dig. it.*, 1968, vol. XIII.

B. L. BOSCHETTI, *Il governo dell'incertezza nella politica energetica: l'energia tra innovazione e sostenibilità ambientale*, in *Amministrare*, 2009.

G. BURDEAU, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre*, trad. it. di S. COTTA, *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, Edizioni di Comunità, Milano, 1950, con Prefazione di M. S. GIANNINI.

A. BURDESE, v. "Ius naturale,, (*Diritto romano*), in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, 1963.

L. CABOARA, *I diritti delle competenze e la teoria del sinergismo sociale*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1962.

P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, nuova ed. riv. con i saggi di G. CAPOGRASSI, P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI, P. FEDELE, a cura di G. ASTUTI, Giuffrè, Milano, 1968.

F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, Società editrice libraria, Milano, 1901, vol. III.

G. CANSACCHI, v. *Gentlemen's agreement*, in *Noviss. dig. it.*, 1961, vol. VII.

G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, Padova, 1940, vol. I.

P. CARETTI – U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010.

L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966.

F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924.

F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Soc. Ed. del foro Italiano, Roma, 1940.

F. CARNELUTTI, *La crisi del diritto*, in *Giur. it.*, 1946, parte IV.

F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951.

F. CARNELUTTI, *Certezza, Autonomia, Diritto, Libertà*, in *Il diritto dell'economia*, 1956.

F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, nuova ed. riv. con i saggi di G. CAPOGRASSI, P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI, P. FEDELE, a cura di G. ASTUTI, Giuffrè, Milano, 1968.

P. CARNEVALE, *Qualità della legge e politiche di semplificazione*, in *L'economia e la legge*, atti del convegno (4 dicembre 2006), a cura di G. COCCO, in Quaderni del Dipartimento di diritto pubblico per l'economia, Università degli Studi di Milano Bicocca, Giuffré, Milano, 2007.

M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2006.

R. CAVALLO PERIN, Sub art. 54, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali (D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267)*, a cura di R. CAVALLO PERIN - A. ROMANO, Cedam, 2006 Padova.

CICERONE, *De legibus*.

CICERONE, *De republica*.

CICERONE, *Pro Aulo Cluentio oratio*.

N. CIUSA, *Filosofia dell'economia e filosofia del diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1962.

M. CLARICH, *Il decreto "semplifica Italia"*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, fasc. 7.

A. G. CONTE, v. *Ordinamento giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, 1965.

S. COTTA, *I principi generali del diritto. Considerazioni filosofiche*, in *I principi generali del diritto, atti dei convegni lincei (Roma 27-29 maggio 1991)*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992.

V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940.

V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1941.

V. CRISAFULLI, *Efficacia delle norme costituzionali programmatiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951.

V. CRISAFULLI, *Principi generali e ordinamento vigente a Trieste*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955.

V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960.

V. CRISAFULLI, *La legge regionale nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960.

V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984, vol. II.

A. D'ATENA, *Teoria delle fonti, teoria dell'atto e problematicismo nel pensiero di Vezio Crisafulli*, in *Giur. cost.*, 1994.

DANTE, *La Divina Commedia, Paradiso*.

DANTE, *La Divina Commedia, Purgatorio*.

P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, Bulzoni, Roma, 1968.

L. DE SAINT-JUST, *Fragments sur les Institutions républicaines*, ouvrage posthume, Parigi, trad. it. a cura di

G. PROCACCI, *Frammenti sulle Istituzioni repubblicane, seguito da testi inediti* a cura di A. SOBOUL, Einaudi, Torino, 1975.

F. M. DE SANCTIS, *Dall'assolutismo alla democrazia, Note in tema di sovranità e principî*, in *Soggetto e principi generali del diritto*, Atti del XV Congresso Nazionale della Soc. it. filos. giur. e polit., a cura di M. BASCIU, Giuffrè, Milano, 1987.

A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, trad. it. di S. FURLATI, *La democrazia in America*, a cura di M. TESINI, Città Aperta Edizioni, 2005, vol. II.

G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto*, in *Arch. giur.*, 1921 e anche in *Studi sul diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, vol. I.

G. DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto*, in *Riv. internaz. filos. dir.*, 1929.

G. DEL VECCHIO, *Il sentimento giuridico*, in *Studi sul diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, vol. I.

G. DEL VECCHIO, *La crisi della scienza del diritto*, in *Studi sul diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, vol. I.

G. DEL VECCHIO, *Il problema delle fonti del diritto positivo*, in *Studi sul diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, vol. I.

G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto*, in *Studi sul diritto*, Giuffrè Milano, 1958, vol. I.

G. DEL VECCHIO, *Riforma del Codice civile e principi generali del diritto*, in *Studi sul diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, vol. I.

G. DELITALA, *La crisi del diritto nella società contemporanea*, in AA. V.V., *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953.

R. DESCARTES, *Discours de la methode*, trad. it. di L. URBANI ULIVI, *Discorso sul metodo*, Bompiani, Milano, 2006.

Dibattito *sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.* 1956.

G. DI COSIMO, *Sub art. 2*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. BARTOLE – R. BIN, Cedam, Padova, 2008.

K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stoccarda, 1968, trad. it. a cura di A. BARATTA, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970.

C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Estratto dagli Annali dell'Università di Camerino, Sezione giuridica, vol. IV, 1930.

J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Francoforte sul Meno, 1972 trad. It. a cura di P. PERLINGIERI, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ESI, 1983.

A. FENET, *Recueil complet de travaux préparatoires du code civil*, Parigi, tome VI, 1827.

F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

F. FRANCHINI, *Benoit Jeanneau, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris (Editions du Recueil Sirey) 1954, p. 287, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955.

L. FRANZESE, *Il principio di sussidiarietà tra efficienza economica e bene comune*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2012.

V. FROSINI, v. *Ordinamento giuridico (filosofia)*, in *Enc. del dir.*, 1980.

H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 1986⁵, trad. it. di G. VATTIMO, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 2000.

G. GAVAZZI, v. *Diritto positivo*, in *Noviss. dig. it.*, 1960, vol. V.

G. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1984.

G. GAVAZZI, *Studi di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.

M. S. GIANNINI, *Genesi e sostanza dei principi generali del diritto*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Giuffrè, Milano, 1996, tomo II.

L. GIOVENCO, *Principi dell'ordinamento giuridico dello stato e potestà legislativa delle regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956.

P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quad. fior.*, 2001.

G. GROSSO, *Diritto dell'economia e tecnica legislativa*, in *Il diritto dell'economia*, 1960.

G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951.

G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Jovene, Napoli, ristampa 1990.

G. GUARINO, *Italia, eurosistema, sistema mondo*, in *Diritto ed economia. L'Italia, l'Europa, il mondo*, in *I quaderni di economia italiana*, 2011, n. 8.

R. GUASTINI, *Norma*, in *Glossario, Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 1994.

R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Glossario, Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 1994.

R. GUASTINI, *Sub art. 101*, in *Commentario della Costituzione, artt. 101-103, la magistratura*, tomo I, a cura di GUASTINI-PIZZORUSSO, Zanichelli, Bologna, 1994.

J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Francoforte sul Meno, 1981, trad. it. di P. RINAUDO, *Teoria dell'agire comunicativo*, vol. I,

Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale, a cura di G. E. RUSCONI, Bologna, Il Mulino, 1986.

J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, II, *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Francoforte sul Meno, 1981, trad. it. di P. RINAUDO, *Teoria dell'agire comunicativo*, vol. II, Critica della ragione funzionalistica, a cura di G. E. RUSCONI, Bologna, Il Mulino, 1986.

H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Londra, 1961, trad. it. a cura di M. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1980.

HOBBS, *De cive*.

T. HOBBS, *Leviatano*.

D. IACOVELLI, *I regolamenti nel disordine delle fonti*, in Jus, 2004.

C. JANNACONE, *I principî generali dell'ordinamento giuridico statale enunciabili in un sistema di precetti legislativi*, in *Studi sui principî generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943.

B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, préface de M. Jean Rivero, Parigi, 1954.

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

I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, II ed., 1887 trad. it. a cura di P. CHIODI, *Critica della ragion pura*, UTET, 1967.

A. KAUFMANN, *La struttura ontologica del diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1962.

H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1925.

H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Vienna, 1960, trad. it. a cura di M. G. LOSATO, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1990.

H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Vienna, 1979, trad. it. di M. TORRE, *Teoria generale delle norme*, a cura di M. G. LOSANO, Einaudi, Torino, 1985.

La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Camera dei Deputati, Roma, 1970, vol. IV.

G. W. LEIBNIZ, *Scritti politici e di diritto naturale*, trad. it. a cura di V. MATHIEU, Utet, Torino, 1951.

G. LONGO, v. "Lex,, in *Nuovo dig. it.*, vol. IX, 1963.

M. LONGO, *Per la fondazione di una «scienza della legislazione»*, in *Il diritto dell'economia*, 1960.

F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, nuova ed. riv. con i saggi di G. CAPOGRASSI, P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI, P. FEDELE, a cura di G. ASTUTI, Giuffrè, Milano, 1968.

G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1926.

M. MANCINI, *Diritto e comunicazione tra economia e filosofia*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2012.

D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Giuffrè, Milano, 2009.

A. MANZONI, *I promessi sposi*.

G. MARINI, *Principi generali del diritto nel sistema politico*, in *Soggetto e principi generali del diritto*, Società Italiana di filosofia giuridica e politica, Atti del XV congresso nazionale, a cura di M. BASCIU, Giuffrè, Milano, 1987.

T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988.

L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto, atti del convegno (Roma, 27-29 maggio 1991)*, Accademia dei Lincei, 1992.

F. MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze istituzionali dell'innovazione economica*, Giappichelli, Torino, 2006.

Messaggio di fine anno del 31 dicembre 2012 del Presidente della Repubblica, consultabile sul sito istituzionale della Presidenza della Repubblica.

A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008.

F. MODUGNO, v. *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, 1966, vol. XIII.

F. MODUGNO, v. *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enc. del dir.*, 1980.

F. MODUGNO, *La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Vezio Crisafulli*, in *Giur. cost.*, 1994.

F. MODUGNO, v. *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento 2010.

F. ORESTANO, *Ancora dei «principi generali di diritto»*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1924.

R. ORESTANO, v. *Diritto romano*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, 1960.

R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1961.

R. ORESTANO, *Edificazione e conoscenza del 'giuridico' in Savigny, tre motivi di riflessione*, in *Quaderni Fiorentini*, 1980.

V. E. ORLANDO, *Stato e diritto (Ordinamento giuridico – Regola di diritto – Istituzione)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1926 e in *Diritto pubblico generale, Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954.

V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale e diritto pubblico positivo*, in *Diritto pubblico generale, Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954.

A. PAGANO, *Autonomia ed eteronomia nel diritto*, in *Riv. internaz. filos. del dir.*, 1926.

D. PASINI, *Diritto ed economia*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1962.

P. PERLINGIERI – R. MESSINETTI, Sub art. 9, in *Commento alla Costituzione italiana*, a cura di P. PERLINGIERI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997.

P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005.

A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 1986.

A. PIZZORUSSO, *I principi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, in *I principi generali del diritto, atti del convegno (Roma 27-29 maggio 1991)*, Accademia nazionale dei lincei, Roma, 1992.

A. PIZZORUSSO, *Fra «jus» e «regulae»*, in *Giur. it.*, 1994, parte IV.

A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Art. 1-9*, in *Commentario del codice civile SCIALOJA-BRANCA*, a cura di F. GALGANO, Zanichelli, Bologna, 2011.

PLATONE, *Repubblica*.

F. POLITI, v. *Delega legislativa*, in *Enc. giur.*, 2006, aggiornamento.

A. PUGIOTTO, v. *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, vol. X.

M. P. PRADIER-FODERE, *Principes généraux de droit, de politique et de législation*, Parigi, 1869.

S. PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, Saggi, Giuffrè, Milano, 1951.

S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, Saggi, Giuffrè, Milano, 1951.

S. PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica*, in *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, Saggi, Giuffrè, Milano, 1951.

S. PUGLIATTI, v. *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, 1964, vol. XII.

A. RAVA, *Crisi del diritto e crisi mondiale*, in AA. V.V., *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953.

L. RECASENS SICHES, *Rivoluzione teorica e pratica nell'interpretazione del diritto*, in *Riv. intern. filos. dir.*, 1962.

Relazione del Presidente Ugo De Siervo sulla giurisprudenza costituzionale nel 2010, Incontro con la stampa, 10 febbraio 2011, consultabile sul sito istituzionale della Corte costituzionale.

P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in *I principi generali del diritto, atti dei convegni lincei (Roma 27-29 maggio 1991)*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992.

R. RESTA, *La «legittimità» degli atti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955.

S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946.

S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947.

S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969.

S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, *Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969.

I. SACHS, *Social Sustainability and Whole development: Exploring the Dimensions of Sustainable Development*, in *Sustainability and Social Sciences*, a cura di E. BECKER – T. JAHN, Londra, 1999.

A. M. SANDULLI, *Osservazioni sulla costituzionalità delle deleghe legislative in materia di riforma agraria (leggi nn. 230 e 841 del 1950)*, in *Foro amm.*, 1952, parte IV.

F. SANTORO-PASSARELLI, *Riflessioni sulla formulazione legislativa dei principi generali di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1940.

F. SANTORO PASSARELLI, v. *Preleggi*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, 1966.

F. SANTORO-PASSARELLI, Intervento, in *I principi generali del diritto, atti del convegno (Roma, 27-29 maggio 1991)*, Accademia dei Lincei, 1992, Roma.

S. SATTA, *Il diritto, questo sconosciuto*, in *Foro it.*, 1955, v. LXXVIII, parte IV.

G. SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, *Riv. dir. civ.*, 1927.

F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Monaco, 1934, trad. it. a cura di V. ARANGIO RUIZ, *I principii del diritto romano*, Firenze, 1949.

F. SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford, 1951, ristampa del 1992.

V. SCIALOJA, *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, in *Scritti giuridici*, Roma, 1932.

A. SEN, *Development as Freedom*, New York, 1999.

T. SVETONIO, *De vitae Caesarum, Iulius*.

TACITO, *Annales*.

G. TARLI BARBIERI, *Legge ed atti del governo e di altre autorità statali*, in *Osservatorio sulle fonti 2008: la legge parlamentare oggi*, a cura di P. CARETTI, Giappichelli, Torino, 2010.

TOMMASO, *Summa theologica*.

N. TOMMASEO – G. RIGUTINI, *Dizionario dei sinonimi della lingua italiana* di N. TOMMASEO, completamente riveduto e aumentato da G. RIGUTINI, Milano, 1944.

A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1995.

G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giur. cost.*, 1956.

TURGOT, *Second discours, Sur les progrès successifs de l'esprit humain, prononcé le 11 décembre 1750*, in *Oeuvres*, a cura di DAIRE-DUSSARD, Parigi, 1844, tomo II.

Vocabolario degli accademici della Crusca, V ed., 1863-1923, vol. X.

R. VON JHERING, *Über die Entstehung des Rechtsgefühles*, Vienna, 1884 trad. It. a cura di R. RACINARO, *La nascita del sentimento del diritto*, in *La lotta per il diritto e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1989.

F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, trad. it. di M. PERETTI, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. MARINI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982.

F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1840-1849, trad. It. di V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, Unione tipografico-editrice, Torino, 1886, vol. I.

W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Francoforte Sul Meno, 1958, trad. it a cura di P. L. LUCCHINI, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Giuffrè, Milano, 1974.

WORLD BANK, *World Development Report 2003, Sustainable Development in a Dynamic World, Transforming Institutions, Growth, and Quality of Life*, New York.

G. ZANOBINI, v. *Diritto pubblico (diritto moderno)*, in *Noviss. dig.*, 1960, vol. V.