

## REGOLE E PRINCIPI. UN DECALOGO.

Di Giuseppe Vettori

**SOMMARIO:** 1. Una premessa. - 2. Il ragionamento giuridico nel saggio di Bobbio sul primo numero della *Rivista di diritto civile* nel 1955. - 3. Con il nuovo millennio si volta pagina. I principi come tratto della contemporaneità. - 4. I principi generali nell'Unione europea. - 5. Un metodo di lavoro. Il decalogo.

### 1. Una premessa

Il tema va ricondotto alla sua essenza. Al giusto atteggiamento sul positivismo che ha attraversato gran parte del novecento.

Un testo sapienziale che ho sempre apprezzato può servire a rifletterci su. Dice così. All'origine di ogni comprensione umana le montagne sono montagne le acque sono acque. C'è poi un periodo di evoluzione e di negazione che può portare alla perdita di ogni riferimento. Acquisita la giusta dimensione della realtà le montagne tornano ad essere montagne e le acque, acque.

La metafora, filtrata dalle grandi narrazioni filosofiche del secolo passato, può essere letta in modo diverso.

Può significare che essere saggi consiste nel vedere sempre le montagne, le acque e non altro. Ma può anche significare qualcosa di più. Può volere dire che la dimensione soggettiva originaria è legata al tempo, in modi diversi. Per ognuno l'assetto conoscitivo più appropriato è quello in cui si è formata la propria identità. Solo che essa, per il saggio appunto, non è un orizzonte finito, ma un punto di appoggio per guardare al futuro.

Se è così non ha senso demonizzare o arroccarsi sul positivismo. Il diritto è ordine e l'ordine si esprime con regole da interpretare e applicare. Questo sistema è edificato da leggi e giudici ed è frutto del tempo. Non ha senso rimpiangere il passato. Ciò

che conta in ogni vicenda umana e sociale è la lucida consapevolezza dell'esserci. E la contemporaneità indica un sistema di norme e di loro applicazioni diverse dal passato perché si articolano in regole (con fattispecie) e in principi (senza fattispecie). Entrambe essenziali per interpretare e applicare il diritto qual è *hinc et nunc*.

Che cosa sta accadendo è chiaro a tutti pur con diversi atteggiamenti.

Si guarda all'ordine del passato. Si osserva il presente dominato da norme senza fattispecie<sup>1</sup>. Si parla di un'eclisse del diritto civile oscurato dall'irrompere, nel lavoro quotidiano del giurista, delle norme costituzionali, del protagonismo dei giudici e del diritto europeo<sup>2</sup>. Si studia a fondo l'esperienza giuridica di principi e il loro uso ragionevole e realistico<sup>3</sup>. Non solo.

<sup>1</sup> Così N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, p. 38 ss.; ID., *Calcolabilità Weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, ivi, 2015, 1, p. 11 ss.; ID., *Un contratto "incalcolabile"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1, p. 17 ss. e per un'impostazione diversa A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, p. 245 ss.

<sup>2</sup> C. CASTRONOVO, *L'eclisse del diritto civile*, Milano, 2015, in part. p.10 ss.

<sup>3</sup> A. JANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, (numero speciale), p. 33 ss, ed ivi G. ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, p. 77 ss.; U. BRECCIA, *Principi: luci e ombre nel diritto contemporaneo*, p. 121 ss.; A. CERRI, *Riflessioni aperte sulle origini e sul ruolo dei principi nell'esperienza*



Appare sempre più evidente come tutto ciò incida sulla forma del nostro ordinamento democratico e le analisi dei costituzionalisti sono diverse. Alcuni riconoscono che i diritti operano come “trasformatori permanenti” nelle mani delle Corti, ma osserva che tale mutamento nel sistema delle fonti può essere legittimo solo riconoscendo il formarsi di una consuetudine costituzionale che configuri una competenza concorrente fra legislatore e giudice. Consuetudine che giustifica un ruolo normativo della giurisprudenza in caso di protratto silenzio del legislatore. Il quale, si osserva, mantiene l’ultima parola, con la legge ordinaria e con la legge costituzionale<sup>4</sup>.

Per altri l’esaltazione dei principi degrada i diritti a raccomandazioni etiche e sovverte la gerarchia delle fonti attribuendo un ruolo creativo alla scienza e alla giurisprudenza, in contrasto con le esigenze più avanzate della modernità e a ciò si contrappone un assetto costituzionale che deve essere attuato dal legislatore e solo completato dalla dottrina e dai giudici<sup>5</sup>.

Più credibile in base all’analisi dell’attuale sistema delle fonti è una ricostruzione diversa. La trasformazione dello Stato costituzionale pone sempre più in posizione di parità la funzione legislativa e giurisdizionale, escludendo la primazia dell’una o dell’altra, come espressione di un vero e proprio progetto politico che domina il presente<sup>6</sup>.

E se ciò è vero la scienza giuridica civilistica non può cedere di fronte alla filosofia dell’incertezza e della catastrofe, ma deve continuare il suo compito in un nuovo orizzonte. Si tratta di precisare come e uno sguardo al passato, come sempre, aiuta.

## 2. Il ragionamento giuridico nel saggio di Bobbio sul primo numero della Rivista di diritto civile nel 1955.

Il codice civile, è noto, riduce nell’art.12 delle Preleggi il ruolo dei principi entro i confini “dell’ordinamento giuridico dello Stato”, sicché la

giuridica, p. 193 ss.; A. GAMBARO, *La dinamica dei principi: due esempi e un’ipotesi*, p. 229 ss.; E. DEL PRATO, *I principi nell’esperienza civilistica: una panoramica*, p. 265 ss.

<sup>4</sup> V per questa posizione M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione. L’esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009, p. 41 ss.

<sup>5</sup> V. fra molti L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principia lista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, p. 2771 ss.

<sup>6</sup> M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2014, p. 295 ss.; ID., *Legge costituzionale: il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini*, 43, 2014, p. 1077 ss.

giuridicità è contrassegnata dalla statualità e dalla positività e il ruolo del giurista è confinato in un metodo preciso. Basta un esempio.

Un saggio di Bobbio sul ragionamento giuridico apre nel 1955<sup>7</sup> la lunga stagione della Rivista di diritto civile. L’attenzione si concentra sulla natura della giurisprudenza intesa, sin dal diritto romano, come attività logica o come attività ispirata dall’*aequitas*. Bobbio liquida subito il problema.

Il compito del giurista è determinato da “una valutazione dei fini del diritto” in un determinato ambiente storico e in quegli anni il fine è chiaro. Prevale la esigenza della stabilità delle relazioni orizzontali (fra cittadini) e verticali (fra cittadini e lo Stato) e per conseguire questo scopo si debbono esaltare alcune tecniche di organizzazione giuridica. Prime fra tutte la supremazia della legge e l’auto-integrazione dell’ordine giuridico.

Ciò porta alla centralità del ragionamento logico e all’equazione fra soluzione giusta e soluzione conforme alla norma. Non vi è posto per i giudizi di valore per un motivo chiaro. “Il linguaggio dei valori non si può ridurre a linguaggio logico o descrittivo”. Per provare un valore “non si può ricorrere né alla dimostrazione logica né alla verifica empirica, ma soltanto ad argomenti di carattere soggettivo che sfuggono al dominio della logica e della scienza”<sup>8</sup>.

Da qui la conclusione che il giurista deve eliminare tali giudizi dal suo ragionamento che verte, non sulla giustizia delle norme ma sulla loro validità. Il suo compito si ferma qui. Le sue operazioni sono ispirate ad un ragionamento deduttivo, logico, sistematico, senza trascurare che le leggi sono prodotti culturali da collocare in un tempo e in un ordine sistematico, ma ciò non altera il suo ruolo. Il giurista è “uno storico e un sociologo quando stabilisce le premesse e un logico quando dalle premesse stabilite ricava tutte le conclusioni implicite”<sup>9</sup>.

E’ noto che questa visione è solo il primo passo del percorso di Bobbio attraverso il positivismo, sino al saggio del 1969, sulla funzione promozionale del diritto, che inaugura lo studio della funzione privilegiata da allora rispetto ad una visione strutturale del diritto<sup>10</sup>. Ma il tema dei principi toglie il sonno ai civilisti già dalla seconda metà del novecento e le certezze entrano in crisi.

Gli studiosi già negli anni sessanta, iniziano a sottolineare la forza espansiva dei principi di eguaglianza e solidarietà e si impegnano negli anni successivi in una vera e propria rilettura degli istituti

<sup>7</sup> N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1955, p. 3 ss.

<sup>8</sup> N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, op.cit., p. 6-7.

<sup>9</sup> N. BOBBIO, op.cit., p. 12

<sup>10</sup> N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007 (rist. a cura di Losano)



civilistici. Si mostra intolleranza verso l'apriorismo dei dogmi e verso l'assolutismo della legge. Si inizia a parlare di un diritto vivente e di un principio di effettività. L'interprete e la sua dimensione esistenziale rispetto alla norma acquistano centralità. Si nega che la lettera della legge sia espressione di un significato oggettivo<sup>11</sup>.

I magistrati nel convegno di Gardone del 1965 danno vita ad un vero e proprio manifesto sull'applicazione diretta della Costituzione.

La Corte costituzionale, dagli anni novanta, afferma che "le norme si dichiarano incostituzionali solo se non si può trarre da esse un'intera costituzionalità", invitando i giudici e gli interpreti ad un controllo diffuso che spinge ad un'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>12</sup>.

Con il nuovo millennio, insomma, muta l'orizzonte. C'è un diffuso desiderio di ordine e di concetti ordinanti, ma ciò esige di coordinare fra loro regole e principi, giudizi di validità e di valore. Con un procedere non facile.

### 3. Con il nuovo millennio si volta pagina. I principi come tratto della contemporaneità.

Luigi Mengoni ha indicato con chiarezza il senso di questa svolta.

I diritti e i principi costituzionali appartengono, in pari tempo, al diritto e alla morale ma sono soggetti "ai modi, alle procedure e ai vincoli dell'argomentazione giuridica"<sup>13</sup>.

La fine dell'assolutismo della modernità e l'abbandono della stagione debole del post-moderno è segnata da questa consapevolezza per il giurista. La necessità di costruire nuovi modi, tecniche e vincoli di un'argomentazione giuridica che deve tener conto di un sistema delle fonti ove concorrono rigide fattispecie e affermazioni di valore che sono un *prius* e non un *posterius* rispetto alle norme esistenti.

Questo nuovo metodo è ancora, in gran parte, da definire ma si può indicarne qualche tratto.

L'argomento classico del positivismo giuridico per espellere i giudizi di valore da ogni riflessione teorica sul diritto è basata sulla convinzione, erronea, che i giudizi di valore sono sempre privi di fondamento razionale. Questa convinzione è errata perché l'intreccio fra fatti e valori è una delle costanti del nuovo sistema delle fonti composto di regole e principi. Centrale dunque è un modo di argomentare basato non solo sul metro della conformità a una regola, ma da criteri di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, imposti dal nuovo ordine giuridico<sup>14</sup>.

Le clausole generali sono ancora una singolarità e un problema. Una singolarità perché non hanno una fattispecie e consentono l'ingresso nel sistema di valori extragiuridici. Un problema perché pur essendo tecniche disciplinate nel codice "sfuggono allo stretto principio di legalità" e sono in netto contrasto con il metodo positivo su aspetti centrali, dall'illecito all'inadempimento<sup>15</sup>.

Da qui l'attenzione prestata di recente.

Si valorizza il loro ruolo di frammenti di norme. Si sollecita l'uso del sillogismo sulla scelta dello standard interno o esterno al diritto positivo. Si precisa che non sono principi ma sono destinate ad operare nell'ambito dei principi per fondare la regola di valutazione di un contegno o la disciplina di un atto<sup>16</sup>.

Le tecniche di diritto comunitario spingono alla ricerca di un rimedio effettivo, espressione di un sistema da costruire nel dialogo fra norma e giudici. Con una centralità del caso da cui è possibile trarre elementi di risposta e di indirizzo, tramite anche il precedente. Senza erodere il valore della certezza che non è mai stato, nella storia, affidato solo alla legge.

Basta pensare al *Code civil*, vero manifesto della modernità. Dopo aver affermato la forza di legge del contratto, nell'art. 6, si sottopone l'atto di autonomia ad un controllo di validità delimitato da principi di ordine pubblico e buon costume che esigono,

<sup>11</sup> V. per tutti R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.* 2005, p. 417 ss.

<sup>12</sup> V. da ultimo S. BARTOLE, *I principi generali fra due convegni (1940-1991), dall'ordinamento statutario-fascista all'ordinamento repubblicano ed alle sue aperture sovranazionali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, p. 3 ss.

<sup>13</sup> L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, ora in *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano 2011, p. 47; *Id.*, *I Principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992, p. 317 ss.

<sup>14</sup> V. da ultimo P. GROSSI, *Ritorno al Diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 51 ss.

<sup>15</sup> A. GENTILI, *Prefazione a V. Velluzzi, Le clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. XIII ss.

<sup>16</sup> V. da ultimo S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 264 ss.; *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1689 ss. ed ivi i saggi di P. RESCIGNO, D. CARUSI, P. CHIASSONI, S. MAZZAMUTO, F. ROSELLI, G. D'AMICO, F. ASTONE, V. CUFFARO, E. MOSCATI, V. VELLUZZI; *Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale*, Roma 11 febbraio 2011, in *Orizzonti del diritto commerciale*, ed ivi M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*; v. anche V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 74 ss.

come si è detto benissimo, la ricerca da parte del diritto positivo dell'utile e del giusto<sup>17</sup>.

Insomma se il giuspositivismo stabilizzò i valori espressi dal nuovo ordine democratico, nei primi decenni della seconda metà del novecento, sin dagli anni settanta si è avvertita l'insufficienza dei presupposti di quell'ordine e si sono rivalutati la funzione individuale, i contegni, la correttezza.

A quella fase storica è seguita la stagione del nihilismo del pensiero leggero e debole espressione, si disse, di una condizione post-moderna che la crisi del 2007 ha spazzato via con un ritorno di attenzione alla realtà, alle esigenze vitali, all'esistenza messa alla prova da povertà inedite.

La letteratura e l'arte per prime hanno avvertito la fine di quella fragile utopia affidata alla fede astratta nel mercato e alla auspicata dissoluzione della verità oggettiva<sup>18</sup>.

Il diritto stenta ad afferrare il nuovo.

#### 4. I principi generali nell'Unione europea.

Le opere più recenti nel dibattito europeo, non sottovalutano certo le difficoltà anche se assumono atteggiamenti diversi<sup>19</sup> che è facile immaginare.

La discussione fra regole e principi attiene alla stessa organizzazione politica basata sullo Stato di diritto che l'EU accoglie. Solo che assicurando il rispetto della legge si è scoperto il ruolo dei principi che guidano l'interpretazione. Ma ecco il punto.

Se le regole creano diritti e obblighi, i principi per loro natura (in quanto astratti, flessibili e non specifici) non hanno di per sé questa funzione. E' necessaria una applicazione giudiziaria perché essi diventino parte dell'ordine legale (*"they are linked to rules, but are not rules themselves"*)<sup>20</sup>

Il dibattito, è noto, deve molto alla classiche opere di Esser<sup>21</sup> che respinge, già negli anni cinquanta del novecento, la irrilevanza per il diritto dei giudizi di valore e di Dworkin<sup>22</sup> che dimostra l'importanza dei principi nelle domande di senso e nelle scelte tragiche del diritto. Seguendo tali tracce

l'opera fondamentale di Tridimas<sup>23</sup> descrive e fonda il ruolo dei principi nel diritto amministrativo e costituzionale europeo, ma il tema non è stato affrontato, con eguale profondità, nel diritto dei privati. Il motivo è chiaro.

La legislazione, sino al Trattato di Maastricht, privilegia le relazioni verticali (fra cittadini e istituzioni) e trascura le relazioni orizzontali (fra cittadini) e solo progressivamente si sviluppa, nelle sentenze della Corte di Giustizia, il ruolo dei principi attinenti alla non discriminazione e ai rapporti di consumo. Per molto tempo si dubita che esistano perfino le competenze e le ragioni per intervenire, con provvedimenti normativi, sulla disciplina generale del contratto o della responsabilità.

Stenta insomma a svilupparsi un forte dialogo perché *"the community legal order is a new and young legal order wich needs to be developed further"*<sup>24</sup> è insieme un *prius* e un *posterius*, potremo dire.

Ciò che manca, come si osserva esattamente, sono molte buone proposte<sup>25</sup> e la letteratura recente sta colmando quel vuoto. In modo molto articolato.

Norbert Reich<sup>26</sup> individua gli scettici e gli ostili. Fra questi un autorevole giurista inglese<sup>27</sup> che solleva una questione di fondo. Anche se si costruisse un ruolo dei Principi nel solo *acquis* legislativo dell'EU, il risultato inevitabile finirebbe per limitare l'area dell'autonomia nazionale nei settori interessati. Insomma un più coerente sistema nella UE potrebbe condurre ad una minore coerenza del diritto nazionale e tale risultato appare preoccupante.

Si può osservare che ciò è frutto di una precomprensione negativa sul ruolo dell'Unione europea. Ma il numero delle opinioni critiche è molto ampio.

Alcuno si stupisce di come dal *"patchwork"* della regolazione contrattuale in Europa si possano trarre principi generali e osserva che *"that only principles of an intermediate level can be found in EU contract law"*<sup>28</sup>. Altri osserva che alcuni principi utilizzati dalle Corti (come l'equità e l'eguale

<sup>23</sup> T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, Oxford, 2006.

<sup>24</sup> T. TRIDIMAS, op. cit., nota 2 at 1729 richiamato da N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, cit., p.7

<sup>25</sup> A. HARTKAMP, *General Principles of EU Law*, RabelsZ, 2011.

<sup>26</sup> N. REICH, op. cit., p. 6 ss.

<sup>27</sup> S. WEATHERILL, *The Principles of civil law as a basic for interpretation the legislative acquis*, in *ERCL*, 2010, p. 74; e D. LECZYKIEWICZ-S. WEATHERILL (eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Hart Publishing, Oxford 2013, p. 131.

<sup>28</sup> Questa l'opinione di M. HESSELINK, in D. Leczykiewicz-S. Weatherill (eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, op. cit., riferita da N. Reich, op. cit., p. 7

<sup>17</sup> GHESTIN, *L'utile e le juste dans le contracts*, in *Archiv. Phil. d.*, 1981, p. 35 ss.

<sup>18</sup> V. M. FERRARIS, *Manifesto del neorealismo*, Roma-Bari, 2012; C. LUPORINI, *Tramonto e resistenza della critica*, Quodlibet, 2014, p. 233.

<sup>19</sup> V. in particolare per un efficace sintesi il bel volume di N. REICH, *General principles in EU Civil law*, Intersentia, 2014, p. 1-16.

<sup>20</sup> N. REICH, *General Principles of EU Civil law*, p. 3

<sup>21</sup> J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubingen, 1956.

<sup>22</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, HUP, 1977

trattamento) è basata su di una valutazione dei giudici che è difficile applicare in termini generali<sup>29</sup>

A ciò si replica appunto con alcune buone proposte che individuano pochi e certi principi tratti dalle fonti legislative della EU e dell'attività della Corte di Giustizia.

Si fa leva sugli articoli 114 TFUE sul funzionamento del Mercato Unico, 53 TFUE sulle politiche sociali, 157/19 TFUE sulla non discriminazione, 81 TFUE sulla cooperazione giudiziale nella materia delle controversie civili. Su tali basi si analizzano nelle pronunzie della Corte di giustizia i presupposti e gli argomenti per fondare sette principi generali: "Framed" *autonomy, Protection of the Weaker Party, Non discrimination, Effectiveness, Balancing, Proportionality* e con qualche perplessità *Good Faith and Prohibition of Abuse of Rights*. Tutto ciò nell'ambito dell'*acquis* e della casistica giudiziale in tema di contratto e responsabilità al solo scopo di fornire una "specific contribution of civil law provision of EU law in the "shadow" of the EU Charter"<sup>30</sup>.

Credo che sia questo il metodo più giusto<sup>31</sup> e provo a spiegare il perché. In breve e solo come un programma di un lavoro.

### 5. Un metodo di lavoro. Il decalogo.

La distinzione fra regole, diritti e principi è stata al centro della riflessione dei filosofi e della dottrina civilistica nell'ultimo decennio in particolare. Reputo alcune acquisizioni utilissime e riassumo, brutalmente, cose già dette.

1. La distinzione fra regole e principi poggia sulla loro struttura e sulla loro funzione. Le prime esigono conformità ad una fattispecie e sono frutto di una tipizzazione legislativa. I secondi hanno una dimensione diversa. Orientano in presenza di problemi altrimenti non facilmente risolvibili. "it makes sense to ask how important or how weighty it is. Rules do not have this dimension"<sup>32</sup>
2. Le norme che contengono diritti e i principi se non sono precise, determinate e se hanno

necessità di essere completate da qualche altra autorità, non fondano di per sé diritti obblighi e doveri. Hanno necessità di un'attività ulteriore della legge o del giudice. Nel primo caso il problema è attenuato. Nel secondo al giudice si richiede una particolare tecnica argomentativa. Deve creare una *rule of construction* una regola di decisione rigorosa e convincente. Ma il termine inglese non è qui facilmente traducibile<sup>33</sup>. "Il termine *rule* non coincide nella *civil law* con il riferimento alla norma e assume nella stessa *common law* un significato da accertare caso per caso. Indica per lo più la regola giurisprudenziale ma anche il principio il regolamento, l'ordine la misura a seconda del sostantivo a cui si lega. Unito alla parola *construction* la *rule* assume il senso di canone di costruzione giuridica"<sup>34</sup>.

3. Nella *rule of construction* si concreta in modo tangibile il limite e la funzione creativa del giudicare. Che esige conformità ad un ordine giuridico in modo peculiare. Impone in taluni casi decisioni *extra legem* ma *intra jus*<sup>35</sup>, quando la risposta implichi un problema di vita che le regole non hanno previsto o e che non può essere risolto con l'analogia. (Ciò oltre l'art. 12 delle Preleggi superato dall'art. 117 cost. che pone sopra la potestà legislativa ordinaria la Costituzione, l'ordine comunitario e i vincoli internazionali come la CEDU)
4. L'irrompere dei principi supera in molti casi il problema delle lacune e l'impiego dell'analogia. Per un motivo chiaro. L'assenza di una regola in presenza di un principio, non crea il vuoto ma implica una decisione basata su di una diversa argomentazione. Certo un principio attinge sempre elementi fuori da sé. Per evitare elementi devianti (il sacro, l'ideologia) occorre grande attenzione alla giuridicità del fatto che emerge da una pluralità di fonti.<sup>36</sup>
5. Tutto ruota attorno a nuove tecniche argomentative che conoscano e sappiano utiliz-

<sup>29</sup> J. BASEDOW, *The Court of Justice and civil law: vacillations, general principles and the architect of the European judiciary*, in *ERPL*, 2010, p. 475

<sup>30</sup> N. REICH, op. cit.

<sup>31</sup> V. ora J. RUTGERS and P. SIRENA (ed.), *Rules and Principles in European Contract Law*, Intersentia, Cambridge, 2015 ed ivi i saggi di Y. ADAR and P. SIRENA, *Principles versus Rules in the Emerging European Contract Law*, p. 7 ss.; S. PATTI, *Contractual Autonomy and European Private Law*, p. 123 ss., E. NAVARRETTA, *Good Faith and Reasonableness in European Contract Law*, p. 135 ss.

<sup>32</sup> R. DWORKIN, op. cit., p.26 ss.

<sup>33</sup> G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, Codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 3, p. 751 ora in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 173 ss.

<sup>34</sup> G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, Codice civile e codici di settore*, cit., p. 177 e F. DE FRANCHIS, *Law Dictionary*, Milano, 1984, p. 1304-5.

<sup>35</sup> v. A. METZGER, *Extra legem-intra jus*, Mohr Siebeck, 2009, p. 352.

<sup>36</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, op. cit., p. 33 e ss. e E. GLIOZZI, *Postmodernismo giuridico e giuspositivismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 801 ss.



- zare tutte le potenzialità del sistema integrato delle fonti e i precedenti delle Corti nazionali ed europee.
6. Il problema se esista già una regola o una tutela tipica e su come in tal caso il principio operi non va posto in astratto, ma calato nel concreto di precetti da sottoporre al vaglio dell'effettività richiesta da fonti costituzionali interne (art. 24 Cost.) comunitarie (47 Carta di Nizza) e sovranazionali (6 e 13 CEDU).
  7. Contro l'abuso dei principi ci sono antidoti precisi. Il fatto e l'argomentazione. La ricostruzione puntuale ed esatta della fattispecie concreta indica subito i termini entro cui deve articolarsi la risposta al problema di vita. La tecnica argomentativa darà conto di come dovranno essere impiegate regole e principi.
  8. Le une e gli altri vanno sottratti dall'astrattezza. Dovrà essere isolato il dato normativo specifico e il principio da cui si trae la *rule* e si dovrà motivare come questa *rule* può risolvere il caso.
  9. Non occorrono sentenze di cento pagine, ma un ragionamento stringente capace di convincere e di porsi in sintonia con un ordine oggettivo che esiste in ogni tempo e in ogni contesto sociale.
  10. L'argomentazione necessita di tecniche e di strumenti nuovi. Non una scatola degli attrezzi, ma una condivisione dei fini che è compito della scienza giuridica promuovere e saldare.

Tutto ciò richiede un grande impegno della dottrina e dei giudici nello studio dei precedenti e nell'analisi di ogni singolo principio<sup>37</sup>, riconosciuto come tale, per fissare la sua origine e il suo fondamento operativo, sino a indicare come e in che modo da esso può trarsi un modello di decisione che integri o in certi casi sostituisca una regola che non c'è o non è adeguata o effettiva.

La distinzione fra Regole e Principi, insomma, come quella (usata da Berlin) fra il riccio (ove sono compresi coloro che riferiscono tutto ad una visione centrale) e la volpe (espressiva di chi ricerca molti fini senza ricondurre tutto ad una visione unica) "of-

fre un punto di vista...per un indagine autentica"<sup>38</sup> su aspetti complessi del pensiero giuridico in un momento che esige flessibilità ma grande responsabilità nello *jus dicere*<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> V. da ultimo per il diritto italiano E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547 ss.; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 228 ss.; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007; e per il diritto comunitario i recenti volumi di N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, op. cit., 17 ss., e di J. RUTGERS and P. SIRENA (eds), *Rules and Principles in European Contract Law*, op. cit., p. 7 ss.

<sup>38</sup> I. BERLIN, *Il riccio e la volpe*, Milano, 1998, p. 69. Il frammento di Archiloco (da cui la distinzione è tratta) dice che "la volpe sa molte cose ma il riccio ne sa una grande".

<sup>39</sup> V. questa citazione e conclusione già in G. VETTORI, op. cit., p. 178-179.