

LA FORZA DEI PRINCIPI. ANCORA UN INIZIO*

Di Giuseppe Vettori

| 3

SOMMARIO: 1. La critica all'effettività. – 2. Uno sguardo al futuro. Ancora un inizio

ABSTRACT. Il diritto dei privati è sempre più spesso scritto e riscritto da operatori del settore diversi. Leggi, giudici, Authority, dottrina, poteri privati. Il precedente punto di equilibrio è andato perduto e deve essere ritrovato. In questo percorso, i principi hanno un ruolo centrale: individuare i limiti ai poteri e le priorità d'azione, alla costante ricerca di una tutela effettiva.

Private law is more and more frequently written by different operators. Laws, judges, authority, doctrines, private powers. The previous balance point has been lost and must be found again. In this process, principles play a central role: identifying the limits to the powers and priorities for action, constantly seeking effective protection.

1. La critica all'effettività.

Dopo la crisi epocale dei primi anni del secolo è evidente a molti ciò che sta accadendo.

Il diritto dei privati è sempre più spesso scritto e riscritto da soggetti diversi. Leggi, giudici, Authority, dottrina, poteri privati¹. Con un timore: l'erosione della prevedibilità². E uno sforzo costruttivo: la ricerca di nuove forme di certezza³.

Le critiche recenti sono rivolte in particolare al principio di effettività, visto come un grimaldello di "matrice pretoria"⁴ che pone in pericolo la "funzione ordinante" del diritto⁵.

Chiara è l'individuazione dei presunti colpevoli.

I giudici che attuano principi⁶. Quella parte della dottrina che non ha compreso le criticità di un post-moderno e i pregi della modernità giuridica che avrebbe risolto "problemi giuridici all'interno di un insieme ideale di soluzioni universali", sostituite, ora, da un diritto indeterminato e caotico. La proposta è netta. Fra la "festosa irresponsabilità epistemologica" e il vetero-positivismo dogmatico" ci sarebbe una terza via. Il ritorno allo Stato senza il quale vi sarebbero "tensioni fortissime" e "squassamenti" epocali⁷.

È possibile e preferibile una visione diversa. La motivo iniziando proprio da qui.

Quale Stato si evoca. Lo Stato, liberale, marxista, lo stato sociale costituzionale, o qualcosa d'altro ancora? Quale idea si propone contro la "liquidità del presente", "l'eclisse della civiltà", o più realisticamente il disagio che tutti avvertiamo in un periodo molto delicato della nostra storia. Della storia di tutti e non di una parte.

Non basta un richiamo allo Stato per risolvere i problemi in cui siamo immersi. E ci vuole poco a spiegare il perché. Non si può evocare lo Stato co-

me unica fonte del diritto. Occorre almeno distinguere fra uno Stato democratico dotato di istituzioni rappresentative e poteri indipendenti, e uno Stato fondato su una sovranità popolare illimitata e un potere politico senza pesi e contrappesi.

D'altra parte non si comprende come si reputi di estendere la dimensione dell'effettività ad ogni dovere o interesse rilevante giuridicamente, e dall'altro come si denunci con forza la spinta eversiva del principio⁸, sottolineando, ora l'utilità di una giusta tutela, ora la *overprotection* dei diritti, frutto della discrezionalità e creatività dei giudici⁹.

La critica è, in tal caso, ispirata ad una posizione rigorosamente positivista.

In tale visione i principi debbono servire solo a guidare "la scelta di attribuzione di significato delle norme di legge e di regolamento", mentre la centralità del potere giudiziario esprimerebbe una scelta ideologica che nega la funzione primaria del legislatore, mette in pericolo "la democrazia liberale e il suo funzionamento", favorendo inconsapevolmente argomentazioni populiste, con una linea di pensiero debole sorretta da "dittature elettorali"¹⁰.

Insomma il ruolo della giurisprudenza si legittimerebbe solo nel quadro di "una democrazia liberale" che riconosca l'essenziale importanza e priorità di una funzione legislativa" e non l'uso dei Principi che dovrebbero essere concepiti, invece, come guida alle leggi in una visione "normativistica tradizionale". Di più. La prospettiva rimediabile dell'effettività guarderebbe solo alle situazioni conflittuali "dimenticandosi dell'effettività complessiva dell'ordinamento"¹¹.

La mia visione è ancora diversa da queste autorevolissime opinioni e riassumibile in poche parole, in parte già dette¹².

La democrazia è "governo del popolo, dal popolo, per il popolo"¹³, ma esige limiti al potere, ad ogni potere.

Trovo singolare che in un'epoca di attacco ai presupposti dello Stato costituzionale, all'espansione del sovranismo e alla forza illimitata della sovranità popolare manifestata, oramai in tutto il mondo, da una minoranza inferiore ad un quarto

*lo scritto riproduce, con integrazioni, una piccola parte di un saggio che uscirà nei Quaderni fiorentini 2018.

¹ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi di ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, p. 85 ss., e la Prefazione di A. Punzi, p. XV ss.

² N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. Carleo, (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, p. 17 ss.; Id., *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018, p. 17 ss.

³ V. G. BENEDETTI, *La fattispecie e altre forme di certezza*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 67 ss.; F. ADDIS, *Sulla distinzione fra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 4, p. 1019 ss.; e ora C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 87 ss.

⁴ S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?* in *Eur. dir. Priv.*, 2018, 3, p. 845 ss.

⁵ S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?* op. loc. cit.

⁶ M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 4, p. 1079 ss.

⁷ S. MAZZAMUTO, op. loc. cit.

⁸ M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, op. cit., p. 1079 ss.

⁹ M. LIBERTINI, op. cit., p. 1088.

¹⁰ M. LIBERTINI, op. cit., p. 1090 ss.

¹¹ M. LIBERTINI, op. cit., p. 1094-95

¹² G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017; ID., *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Persona e Mercato*, 2017, 2, p. 73 ss.; ID., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 3, p. 939 ss. in part. 944-950.

¹³ S. CASSESE, op. cit., p. 10 e il richiamo a Alexis de Tocqueville e Abraham Lincoln

della popolazione¹⁴, si esalti il ruolo della legge come unica fonte di giuridicità e si veda il nemico nei poteri di controllo a cui la costituzione garantisce la piena indipendenza (art. 101 cost.) e libertà (art. 33 cost.).

In un ordinamento democratico debbono convivere organismi elettivi e organismi non elettivi basati sulla competenza. Quest'ultima dimensione esprime un bisogno sempre più sentito nelle società contemporanee, ove, spesso, è necessario correggere la scelta del popolo con il contributo di una Scienza che la Costituzione vuole libera (art. 33).

La storia recente insegna che non si può decidere tutto a colpi di referendum, perché la storia della democrazia è “piena di tentativi di invasione di campo da parte di governi illuminati o autoritari”¹⁵. Accanto ad un organo di schieramento come le Camere ove si fronteggiano forze contrapposte, occorrono “collegi di ponderazione dove non ci si schiera ma si ragiona, si cerca di convincere e si è convinti. I due corpi hanno funzioni diverse e operano in modo diverso”¹⁶, ma sono entrambi essenziali alla vita democratica.

Si pensi al rapporto delicato fra il legislatore e la Corte Costituzionale. Come si è sottolineato di recente in un lucido intervento istituzionale¹⁷, il legislatore ha discrezionalità sul come disciplinare una certa materia e sull'opportunità di intervenire, ma nei casi in cui la “Costituzione impone di adottare una certa disciplina, allora cessa la discrezionalità sull'an e, in taluni casi, sul *quomodo* stesso della scelta legislativa”, legittimando moniti o ordinanze di “incostituzionalità prospettata”¹⁸.

Tutto ciò è ancor più evidente nel rapporto fra le Corti europee.

Se è chiaro il ruolo prioritario della Costituzione nella individuazione delle fonti del diritto “è proprio l'apertura del disegno costituzionale all'integrazione con altre comunità statali nel segno dei diritti, a far sì che l'esito dell'azione di regolamento dei confini non possa restare insensibile alle posizioni assunte dalle Corti europee”¹⁹. Basta pensare alle recenti sentenze della Corte “che hanno ri-

conosciuto alla Carta sociale europea la capacità di integrare il parametro dell'art. 117, primo comma della Costituzione”²⁰.

Insomma trovo difficile da comprendere come si demonizzi il ruolo centrale dell'applicazione della regola che una parte consistente della cultura giuridica considera essenziale in un'epoca complessa e inedita²¹. Trovo poco produttivo insistere su una priorità della legge o dei giudici in presenza di una fase storica che non ha necessità di “visioni univoche e parziali”, ma di una razionalità “dinamica e aperta”²², capace di ordinare il presente e di porsi in sintonia con il proprio tempo, con un'analisi attenta dei benefici e dei limiti dell'attività delle Corti in Italia e in Europa²³.

2. Uno sguardo al futuro. Ancora un inizio.

Le immagini da sempre scandiscono con forza la percezione diversa di un equilibrio fra Legge e Giustizia nella storia e nelle tradizioni dei popoli.

In un bel libro di Adriano Prospero²⁴ si racconta e si illustra come tale divinità sia rappresentata da un'immagine femminile a volte con in mano una spada e una bilancia, altre volte con una benda. L'immagine “riassume e fissa un profilo ideale di ciò che ci si attende, che si desidera o che si teme”

Quale è il significato di questi diversi attributi? Quale immagine vogliamo ipotizzare per una nuova giuridicità in Italia e in Europa?

“Una donna bellissima con gli occhi bendati che non guarda in faccia a nessuno” responsabile di vicende tragiche e inquietanti²⁵. Oppure una “giustizia

²⁰ G. LATTANZI, *op. cit.*, p. 20 e il richiamo delle sentenze n.194 del 2018 e 120 del 2018.

²¹ V. per tutti F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, in part.156 ss. ma v. ora G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, cit., in part. la *Premessa* ove si trae che il diritto è una scienza essenzialmente ermeneutica, la quale esige di porre al primo piano l'oggettività colorata costitutivamente d'esistenza.

²² E. NAVARRETTA, *Costituzione europea e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, p. XIII ss., p. 211 ss.

²³ S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione minima fra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)*; ID., *Armonizzazione ed il canone della “maggiore tutela” per il consumatore: spigolature critiche (e chiarimenti) sulla cumulabilità elettiva dei rimedi*; ID., *Tra diritto delle Corti e teoria dei controlli: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art.12 dir. 2015/2302 UE*, in G. D'Amico-S. Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra regole e principi. Studi*, Torino, 2018, p. 35 ss., p. 117 ss., p. 147ss.

²⁴ A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008, p. 3 ss.

²⁵ E. LEE MASTER, *Antologia di Spoon River*, a cura di F. Pivano, Torino, 1993, p. 253

¹⁴ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano 2017, p. 5 che ricorda il referendum costituzionale italiano del dicembre 2016, la vittoria elettorale di Trump, la votazione sulla Brexit che incide sul ruolo dell'Europa e le rigide limitazioni al potere delle opposizioni voluto da Erdogan nel 2014, rilevante “per l'Europa e per l'equilibrio politica di questa parte del mondo”. V. ora dello stesso autore *La svolta. Dialoghi sulla Politica che cambia*, Bologna, 2019, p. 47ss.

¹⁵ S. CASSESE, *op. cit.*, p. 31.

¹⁶ S. CASSESE, *op. loc. cit.*

¹⁷ G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, Relazione del Presidente, Roma, 21 marzo 2019.

¹⁸ G. LATTANZI, *op. cit.*, p.10 ss.

¹⁹ G. LATTANZI, *op. cit.*, p. 20

con la bilancia e con la spada” che si contrappongono come un messaggio alternativo alla “giustizia cieca”. Insomma cosa ci attendiamo dal futuro? Un “potere di giudicare e di punire esercitato a viso aperto” o “un preconcetto accecante” che spesso rappresenta l’abuso e l’illecito?²⁶.

6 Alcuni esempi scelti a caso da Prospero spaziano in lungo e in largo.

Le parole iniziali del processo di Kafka: “*qualcuno doveva aver calunniato Josef K. perchè senza che avesse fatto nulla di male, una bella mattina lo arrestarono*”. Parole che evocano ciò che stava per accadere e che accadde in Italia con le leggi razziali e in Europa con la nascita dei campi di sterminio. Frutto di un potere unico, senza controlli, che non guardava in faccia a nessuno.

La teoria della giustizia di Rawls, un mito del novecento, che parla di un velo di ignoranza ossia di una “versione concettuale del simbolo della benda sugli occhi”.

Infine, una realtà “dominata dallo sguardo impersonale, diffuso e inesorabile di una tecnologia a cui nulla sfugge”²⁷.

Ebbene quale posto può esservi ancora per “un’immagine simbolica che esibisce una benda sugli occhi come un valore?”. Una benda che oscura i diritti dei più deboli, esclude ogni accoglienza e integrazione, esalta la difesa personale violenta.

Le potenzialità e i rischi della contemporaneità sono sottolineati da tutti con sensibilità diverse, ma il tema più avvertito è chiaro.

Il contrasto alle disegualianze²⁸ moltiplicate dalla crisi economica finanziaria e dalla rivoluzione industriale determinata dalla *digital economy*.

Tutto ciò ha rotto “l’equilibrio costituzionale costruito a partire dal secondo dopoguerra grazie all’interazione tra ordine internazionale, integrazione europea e costituzioni nazionali, tra democrazia, mercato e coesione sociale”. Con il ritorno ad una prioritaria “domanda di sicurezza che sta alla base del contratto sociale”²⁹.

Da qui il rilievo crescente di una definizione di principi per una democrazia che rafforzi la tutela dei diritti di cittadinanza contro discriminazioni di ogni genere verso un ordine “plurale trasparente e verificabile nelle sue fonti, autorevole e credibile quanto ai suoi contenuti”³⁰.

²⁶ A. PROSPERI, *op. cit.*, p. XVII-XIX

²⁷ A. PROSPERI, *op. loc. cit.*

²⁸ G. PITRUZZELLA, *Relazione annuale del Presidente dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Roma, 12 luglio 2018.

²⁹ A.M. CARDANI, *Relazione del Presidente dell’Autorità Garante delle Telecomunicazioni*, Roma, 2018, p. 23.

³⁰ V. A.M. CARDANI, *op. cit.*, p. 26-27 e il richiamo alle sentenze della Corte costituzionale nn. 202 del 1976, 148 del 1981, 153 del 1987, 826 del 1988 e 112 del 1993.

La Carta ONU sin dal 1948 si era preoccupata di affermare (nell’art. 8) che ogni diritto deve essere munito di effettività tramite una tutela sostanziale e questo monito è stato ripreso da tutte le Carte fondamentali del novecento. Nella Convenzione europea dei diritti fondamentali (CEDU) del 1950, l’art. 13 riprende quel principio. La Carta dei diritti fondamentali del 2000, resa pienamente efficace dal Trattato di Lisbona del 2009, ripete questa esigenza di effettività nell’art. 47. Non solo.

La nostra Corte costituzionale ha tratto dagli articoli 2 e 24 della Carta fondamentale la piena effettività dei diritti riconosciuti dalla legge ed ha disapplicato una norma consuetudinaria internazionale che attribuiva agli Stati un’immunità per i crimini di guerra, riconoscendo, così, un risarcimento ad un internato nei lager nazisti.

Le Corti europee di Lussemburgo e di Strasburgo hanno assicurato tale effettività ai diritti fondamentali riconosciuti dalle Carte e la giurisprudenza in Europa ha svolto una funzione altrettanto efficace per la tutela sostanziale di ogni diritto³¹.

Dunque la pretesa ad una tutela effettiva ha trovato nei giudici e nelle sentenze strumenti di tutela sostanziale, ma quella pretesa ha anche altri destinatari chiamati a far coincidere la forma con la sostanza.

Il legislatore (1 e 117 cost.) e una Scienza libera (33 cost.). Poteri e Istituzioni chiamati al rispetto di norme costituzionali interne e sovranazionali. Con una consapevolezza. Il potere legislativo senza una cornice di regole costituzionali scivola nell’arbitrio. Di più. Rischia di far coincidere legalità e legittimità appiattendolo l’una qualità sull’altra sino a divenire forza senza legittimità. Questo può accadere in un’azione politica che si reputi svincolata dalle forme e soggetta solo al popolo. Spetta a tutti esigere il rispetto delle garanzie fondamentali e la scienza giuridica ha il compito preciso di far valere la sua voce nel modo più forte ed efficace.

La cultura e una società civile vigile deve sollecitare una mobilitazione capace di fissare le priorità di un processo democratico, tramite appunto la pretesa dell’effettività. La quale indirizza verso tutele adeguate ad un ordine fondato su norme e principi, pensati come un antidoto all’astrattezza e capaci di arricchire gli obblighi positivi degli Stati e favorire l’attuazione e l’evoluzione delle forme, come mostra con chiarezza la giurisprudenza europea³².

Le sfide attuali sono chiare.

³¹ Mi permetto il richiamo a G. VETTORI, *Effettività delle tutele*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano 2017, p. 381 ss.

³² V. ancora G. VETTORI, *op. cit.*, p. 387 ss.



Una democrazia che si preoccupi ancora dei limiti al potere. La priorità dei diritti fondamentali³³, l'effettività della garanzia ad una vita libera e dignitosa (art. 36) bilanciando il diritto e il dovere al lavoro³⁴, i limiti ad una circolazione incontrollata delle informazioni, il problema “della interdipendenza tra gli stati, nonché fra questi e i vari poteri che si sono affermati”³⁵ in Europa e nel mondo.

Queste sfide esigono un nuovo inizio e l'uso corretto dei principi è uno degli strumenti più efficaci³⁶.

³³ Corte cost., 16 dicembre 2016, in www.cortecostituzionale.it e in G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 669. Nella sentenza, in tema del diritto allo studio dei soggetti disabili si legge “è la garanzia dei diritti insopprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione”.

³⁴ Th. CASADEI, *Oltre lo Stato sociale? Il dibattito di lunga durata sul “reddito di cittadinanza”*, in *Quaderni fiorentini*, 46, I, Milano, 2017, p. 141 ss.

³⁵ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, p. 108.

³⁶ P. POMBENI, *Che cosa resta del '68*, Bologna, 2018, p. 117 ss. Come si è esattamente ricordato, l'eredità del 68 non si trova nelle proposte di allora, ma nella ripresa di “*quel grido profetico al di là di quel che allora si percepiva: questo non è che l'inizio*”.