

La dialettica di principi e regole nel diritto europeo dei contratti: dai PECL al CESL, e oltre

Yehuda Adar e Pietro Sirena

Principles vs. Rules in European Contract Law: From the PECL to the CESL, and Beyond. The article aims at challenging the current definitions of the principles of law from the point of view of the European legal system. Its multi-levelled structure and its constitutional architecture, strongly based on the subsidiarity of the European Union, call for a new understanding of its principles. The authors of the article assume that the principles of European law are to be identified with the *common core* of the national legal orders, i.e. with the *ius commune Europaeum*, and with the constitutional condition of its application by the European Court of Justice. Such principles should be obtained through the critical comparison among the national laws, which should be aimed at pinpointing their points of convergence, even if implied and potential, with the only limit of their «*not inconsiderable divergences*» (case *Höchst*). Moving from such assumptions, the article deals with some interpretations of the *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) and of the proposal of a *Common European Sales Law* (CESL), as well as of the *Principles of European Contract Law* (PECL). Finally, the need of finding the equilibrium between principles and rules of European law is discussed by the authors as a question of policy, which should be addressed by balancing the risk of failure of the legislative power (eventually caused by an overflow of the rules) with the risk of an unbearable democratic *deficit* (eventually caused by an overflow of the principles).

Keywords: principles of law, *ius commune Europaeum*, subsidiarity of the European Union, theory of law and legal positivism.

1. La stagione dei principi del diritto europeo e il problema della loro definizione concettuale

È noto che, tanto nel *civil law*, quanto nel *common law*, i giuristi abbiano da sempre fatto appello ai principi¹, non solo per interpretare la legge in astratto, ma anche per applicarla in concreto nella decisione di una controversia².

¹ Anche in una prospettiva storica, v. l'ampia trattazione di Alpa, *I principi generali*², in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2006. Seguendo l'indicazione di tale a. (a p. 5 s. dell'*op. cit.*), nel presente lavoro non si è attribuita alcuna rilevanza concettuale (e neppure terminologica) alla distinzione tra principi di diritto e principi del diritto.

² A tale proposito, v. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 56, 1989, p. 1185: «*The establishment of broadly applicable general principles is an essential component of the judicial process*». È altresì particolarmente significativo che, durante la

Gli stessi legislatori moderni hanno dovuto prendere atto che l'esercizio del loro potere dipende in realtà dai principî del diritto, tant'è vero che nel secondo dopoguerra alcuni di quelli più significativi dal punto di vista politico sono stati spesso proclamati dalle Costituzioni nazionali³, svolgendo inoltre un ruolo di primaria importanza nelle convenzioni internazionali sulla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo⁴.

Nell'ambito dell'Unione europea, è stata soprattutto la Corte di giustizia a individuare e ad applicare i principî del diritto, i quali, avendo dapprima una rilevanza pubblicistica, sono stati progressivamente incorporati nei Trattati istitutivi e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵.

In una prima fase, i principî del diritto europeo hanno infatti riguardato da un lato la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo (ad es., la dignità umana, l'uguaglianza, la libertà religiosa), e dall'altro la definizione dei presupposti e dei limiti delle competenze istituzionali dell'Unione (già Comunità) Europea (ad es., il primato del diritto europeo, l'efficacia utile, la proporzionalità)⁶. Si può quindi dire che essi siano stati anzitutto radicati nel diritto costituzionale, e almeno parzialmente in quello amministrativo⁷.

discussione del Titre preliminaire del Code civil nella sessione del Conseil d'État del 14 thermidor an IX, Jean-Étienne-Marie Portalis (ossia, non solo il principale artefice del Code, ma anche il precursore di quel positivismo giuridico che fu poi destinato a sfociare nella école de l'exegèse) abbia avuto modo di affermare: «*Peu de causes son susceptibles d'être décidées par un texte précis; c'est par les principes généraux, par la doctrine, par la science du droit qu'on a toujours prononcé sur la plupart des contestations. Le Code civil ne dispense pas de ces connaissances; au contraire il les suppose*».

³ Nella Costituzione della Repubblica del Sud Africa, ad es., i termini di «principî» o «principio» ricorrono per 14 volte, nella Carta dei diritti e delle libertà del Canada per 3 volte, nella Costituzione della Repubblica italiana per 17 volte, nella Costituzione francese per 14 volte, nella Legge fondamentale della Repubblica Federale della Germania per 25 volte, nella Costituzione della Repubblica Popolare della Cina per 7 volte, nella Costituzione nazionale argentina per 9 volte.

⁴ In particolare, nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950.

⁵ Nel Trattato sull'Unione europea i termini di «principî» o «principio» ricorrono per 28 volte, in quello sul funzionamento dell'Unione europea per ben 61 volte, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per 12 volte.

⁶ Ad es., caso 25/70, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* contro *Köster, Berodt & Co.*, in *Racc.*, 1970, p. 1161 ss., spec. p. 1175 (principio di proporzionalità); caso 13/61, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd* contro *Robert Bosch GmbH, Maatschppij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*, in *Racc.*, 1962, p. 89 ss., spec. p. 102 (principio di certezza del diritto). A tale proposito, si è parlato di principî istituzionali (de Witte, *Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law*, in *General Principles of European Community Law*, ed. by Bernitz and Nergelius, The Hague, 2000, p. 143).

⁷ Usher, *General Principles of European Community Law*, Edinburgh, 1998, p. 52 ss., p. 72 ss., p. 199 ss.

Più di recente, tuttavia, le decisioni della Corte di giustizia hanno sempre più ampiamente fatto applicazione di «principi generali di diritto civile» (ad es., l'integrale risarcimento del danno, la buona fede, la restituzione dell'arricchimento senza causa)⁸, riconoscendo così come principi del diritto europeo alcuni valori tradizionalmente posti a fondamento dell'ambito privatistico degli ordinamenti giuridici nazionali⁹.

Allo stesso tempo, il concetto dei principi (o quanto meno il termine) è stato largamente impiegato negli strumenti di *soft law* che la scienza giuridica europea sta elaborando da qualche decennio al fine di predisporre assetti standardizzati di regole che le parti possano liberamente decidere di adottare nella stipulazione del loro contratto. Com'è evidente fin dalla loro intitolazione, i *Principi di diritto europeo dei contratti* (PECL) si autoqualificano dichiaratamente come principi¹⁰, così come fanno anche (e fra l'altro in un contesto più ampio di quello europeo) i *Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali* (PICC)¹¹. La versione finale del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), pubblicata nel 2009 (*Outline Edition*)¹², si è principalmente distinta da quella precedente (*Outline Interim Edition*) per l'aggiunta di una parte iniziale dedicata ai quattro «principi portanti» (*underlying principles*) della libertà (*freedom*), della sicurezza (*security*), della giustizia (*justice*) e dell'efficienza (*efficiency*)¹³, i quali precedono e sorreggono l'intero

⁸ Caso 277/05, *Société thermale d'Eugénie-les-Bains contro Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, in *Racc.*, 2007, p. I-6415 ss., para. 24; caso 412/06, *Annelore Hamilton contro Volksbank Filder eG*, in *Racc.*, 2008, p. I-2383 ss., para. 24; sentenza 16 dicembre 2008, caso 47/07, *Masdar (UK) Ltd contro Commissione delle Comunità Europee*, in *Racc.*, 2008, p. I-9761 ss., para. 50; caso 489/07, *Pia Messner contro Firma Stefan Krüger*, in *Racc.*, 2009, p. I-7315 ss., para. 29; caso 215/08, *E. Friz GmbH contro Carsten von der Heyden*, in *Racc.*, 2010, p. I-2947 ss., para. 48-49.

⁹ A tale proposito, v. Hesselink, *The General Principles of Civil Law: their Nature, Roles and Legitimacy*, in *Centre for Study of European Contract Law Working Paper Series*, n. 2011-14, all'indirizzo elettronico: <http://ssm.com/abstract=1932146>; Mak, *Hedgehogs in Luxembourg? A Dworkinian Reading of the CJEU's Case Law on Principles of Private Law and Some Doubts of the Fox*, in *European Review of Private Law*, 20, vol. 2012, p. 323 ss.; Purnhagen, *Principles of European Private or Civil Law? A Reminder of the Symbiotic Relationship Between the ECJ and the DCFR in a Pluralistic European Private Law*, in *Centre for Study of European Contract Law Working Paper Series*, n. 2011-04, all'indirizzo elettronico: <http://ssm.com/abstract=1652039>.

¹⁰ *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di Castronovo, Parte I e II, Milano, 2001. V. anche *infra*, n. 7.

¹¹ Bonell, *Un «Codice» Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 1995 e 2^a ed., *Aggiornata ai Principi UNIDROIT 2004*, Milano, 2006.

¹² *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline edition*, ed. by von Bar, Clive, Schulte-Nölke *et al.*, München, 2009.

¹³ DCFR, cit., p. 57 ss. A tale proposito, v. Alpa, *CESL, Fundamental Rights, General Prin-*

corpus delle «regole» (*rules*) che è contenuto nella parte successiva¹⁴. Anche il diritto comune europeo della vendita (CESL) che è stato ipotizzato dalla Commissione europea si apre con un capitolo espressamente dedicato ai «principi generali» della libertà contrattuale, della buona fede e correttezza e della collaborazione, i quali sono chiamati a orientare l'interpretazione e l'applicazione di questo strumento¹⁵.

Si pone quindi il problema se sia utile e ancor prima se sia appropriato, tanto dal punto di vista scientifico, quanto da quello pratico, tentare di formalizzare un concetto dei principi del diritto europeo il quale sia idoneo a ricomprendere i diversi ambiti dottrinali, giurisprudenziali e normativi che sono stati appena evocati¹⁶. Se si ritiene preliminarmente di dare una risposta affermativa a tale interrogativo, è allora pressoché inevitabile che a tale proposito si prendano le mosse dal dibattito sui principi che si è ampiamente sviluppato nella teoria generale e nella filosofia del diritto da un lato, e dall'altro nella dottrina civilistica, costituzionalistica e internazionalistica¹⁷.

ciples, Rules of Contract Law, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, p. 837 ss.; per una critica radicale di tale scelta, cfr. Hesselink, *If you don't like our principles we have others. On core values and underlying principles in European private law: a critical discussion of the new «principles» section in the draft CFR*, in *The Foundations of European Private Law*, ed. by Brownsword, Micklitz, Niglia and Weatherhill, Oxford, 2011, p. 59 ss. V. anche *infra*, n. 8.

¹⁴ È stato così incorporato nel DCFR il modello dei *Principes directeurs du droit européen* che era stato nel frattempo elaborato dall'*Association Henri Capitant* e della *Société de législation comparée* nel più ampio progetto dei *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, a cura di Fauvarque-Cosson, Mazeaud e Wicker, Racine, Sautonie-Laguionie e Bujoli, Paris, 2008. V. anche *infra*, n. 8.

¹⁵ V. *infra*, n. 6.

¹⁶ Di recente, v. soprattutto Alpa, *CESL, Fundamental Rights, General Principles, Rules of Contract Law*, cit., p. 837 ss., nonché i saggi raccolti nel volume curato da Grundmann e Mazeaud, *General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, The Hague, 2006. Fra i contributi più significativi, v. inoltre Schulze, *Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, 442; Toriello, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000; Basedow, *The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary*, in *European Review of Private Law*, vol. 18, 2010, p. 462 ss.; Storme, *Une question de principe(s)?*, in Fuchs (a cura di), *European Contract Law – ERA Forum Special Issue 2008*, in *ERA Forum scripta iuris europaei*, Heidelberg, 2008, p. 72 ss.; Hartkamp, *The General Principles of EU Law and Private Law*, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 75, 2011, p. 241 ss. Va aggiunto che il secondo fascicolo del 2012 della *European Review of Private Law* ha raccolto la maggior parte dei saggi presentati alla conferenza «*Principles and the Law*», organizzata dall'università di Utrecht il 25 maggio 2011; è di particolare rilevanza l'editoriale di Hondius, *Principles and the Law*, in *European Review of Private Law*, vol. 20, 2012, p. 289 ss.

¹⁷ In Europa, il lavoro pionieristico di Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1^a ed. Tübingen, 1956, dette vita a un intenso dibattito sulla distinzione tra i principi e le regole, il quale si è particolarmente sviluppato nella dottrina

Sebbene sia pressoché impossibile enunciare una definizione concettuale univoca dei principi del diritto che sia suscettibile di essere unanimemente condivisa¹⁸, non vi è dubbio che sussista un ampio consenso su alcuni degli elementi che si ritiene li caratterizzino peculiarmente e possano essere applicati per individuarli nella realtà dell'ordinamento giuridico.

Si deve preliminarmente rilevare che i principi si possono manifestare come il fondamento logico-giuridico di alcune discipline giuridiche (ad es., il principio di restituzione dell'arricchimento senza causa) e spesso costituiscono pertanto il risultato della interpretazione sistematica di una realtà normativa preesistente¹⁹: più che essere intenzionalmente dettati dal legislatore, essi sono pertanto enunciati dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁰.

tedesca. Nella letteratura anglo-americana si rinvencono numerosi contributi sui *legal standards*, i quali sono tuttavia concepiti come norme a contenuto indeterminato che possono anche non essere propriamente riconducibili alla nozione continentale dei principi del diritto, bensì a quella delle clausole generali (come notato da Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 1 ss.; Denozza, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 380); in materia, v. soprattutto Pound, *Juristic Science and Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 31, 1918, p. 1061 ss.; Dworkin, *The Model Of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, p. 22 ss.; Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in *Harvard Law Review*, vol. 89, 1967, p. 1687 ss.; Schlag, *Rules and Standards*, in *University of California Los Angeles Law Review*, vol. 33, 1985-1986, p. 379; Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, in *Duke Law Journal*, vol. 42, 1992-1993, p. 557; Posner, *Standards, Rules, And Social Norms*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 21, 1997-1998, p. 101; Sullivan, *Foreword: The Justices Of Rules and Standards*, in *Harvard Law Review*, vol. 22, 1992-1993, p. 106. Nell'ambito degli studi di diritto comparato su principi del diritto spicca la sesta conferenza annuale dell'*Académie Internationale de Droit Comparé*, svoltasi nel 1962 ad Amburgo; in una sessione appositamente dedicata al tema, furono presentate dodici relazioni nazionali (Buch per il Belgio, Janneau per la Francia, Wolf per la Germania, Péteri per l'Ungheria, van der Ven per l'Olanda, Wroblewski per la Polonia, Gilliard per la Svizzera, Elias de Tejada, Garcia Valdecasas, Legaz Lacambra per la Spagna, Prodanović per la Jugoslavia), nonché la relazione generale di Rudolf B. Schlesinger.

¹⁸ Sulla plurivocità del concetto, v. per tutti Bobbio, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, XXX, Milano, 1966, p. 887.

¹⁹ Tridimas, *The General Principles of EC Law*², Oxford, 2006, p. 1; de Witte, *op. cit.*, p. 143 e già Fitzmaurice, *The General Principles of International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 7, 1957, p. 92.

²⁰ Non è pertanto sorprendente che l'enunciazione dei principi del diritto si sia frequentemente ricollegata ai brocardi romanistici che furono elaborati dai giuristi medievali sulla base del *Corpus iuris civilis*, ossia della compilazione giustiniana; v. Stein, *Regulae iuris. From juristic rules to legals maxims*, Edinburgh, 1966. A essi è stata pertanto attribuita talvolta una natura metastorica, considerandoli come una parte della questione «eterna» del diritto naturale; v. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*⁴, Berlino, 1985, p. 206 s., e ancor prima Id., *Naturrecht als wissenschaftliches Problem*, Steiner, 1965, p. 22 ss. Per una analisi più approfondita, v. Alpa, *I principi generali*², cit., p. 87 ss.

La concezione meramente negativa secondo la quale, non essendo immediatamente applicabili a una fattispecie concreta, i principi del diritto non avrebbero un autonomo contenuto precettivo²¹, può considerarsi tuttavia superata, essendo ormai comunemente riconosciuto che essi costituiscono vere e proprie norme giuridiche²². Sono state poste così le basi per introdurre la distinzione tra i principi e le regole del diritto, intendendo tali concetti come due specie non solo distinte, ma anche logicamente incompatibili di norme giuridiche, nelle quali si bipartirebbe esaustivamente l'intero ordinamento giuridico²³.

Movendo da tale impostazione concettuale, è stato messo in rilievo che le regole si basano sulla logica meccanicistica della sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, cosicché o esse sono applicabili in tutto e per tutto, o non lo sono affatto. I principi sono invece suscettibili di una applicazione discreta (o, per così dire, mite), in quanto richiedono pur sempre di essere bilanciati tra loro e comunque non tendono a escludersi vicendevolmente secondo il criterio del «tutto o niente»²⁴.

Da un punto di vista che si potrebbe definire sostanziale, è comunemente ritenuto che i principi siano costituiti dai valori morali posti a fondamento di una società e che essi abbiano pertanto un contenuto etico²⁵.

Da un altro punto di vista, il quale potrebbe essere definito come formale, è comunemente ritenuto che i principi del diritto si caratterizzino per la indeterminabilità o vaghezza del loro contenuto precettivo, il quale sarebbe perciò in un certo senso inesauribile, e comunque sempre eccedente rispetto a qualsiasi sua specifica concretizzazione²⁶. Le regole detterebbero invece precetti particolari e assoggettati a presupposti ben definiti di applicazione.

²¹ Fondamentale a tale proposito è stato il contributo di Esser, *op. cit.*, p. 132 ss., seguito in particolare da Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*³, Berlin, 1987, p. 57.

²² Da ultimo, v. in tal senso Libertini, *Clause generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 367.

²³ Tale impostazione concettuale si deve soprattutto a Dworkin *Taking Rights Seriously*, 1ª ed, London, 1978. Essa è stata criticata in particolar modo da Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, p. 842 ss.

²⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 22 ss. Tale concezione è stata ulteriormente approfondita e integrata dalla dottrina tedesca in una teoria costituzionalistica del diritto, per la quale v. soprattutto Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beihefte*, Bd. 25, 1985, p. 13 ss.; Id., *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in *Rechtstheorie Beiheft*, Bd. 1, 1979, p. 59 ss.; Id., *Zur Kritik des Rechtspositivismus*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beihefte*, Bd. 37, 1990, p. 9 ss.; Id., *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997. Nella letteratura italiana, v. soprattutto Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, e già Id., *Il diritto mite*, Torino, 1992.

²⁵ V. *infra*, n. 2.

²⁶ V. *infra*, n. 3. Nella letteratura italiana, v. soprattutto Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 209 ss.

Se si passa a esaminare le funzioni per le quali i principî del diritto sono enunciati e applicati, si deve rilevare che essi costituiscono gli strumenti più affidabili per ricostruire sistematicamente, ma anche per vagliare criticamente le ragioni giustificative delle restanti norme giuridiche, le quali sono solitamente caratterizzate da un minor grado di generalità. In particolare, i principî del diritto sono anzitutto rilevanti in sede di interpretazione delle leggi, in quanto possono fondare, spiegare e chiarire le norme giuridiche che sono state volute dal legislatore (funzione interpretativa)²⁷. Per lo meno a certe condizioni, i principî del diritto sono inoltre applicati dai giudici e dalle altre autorità aventi potere decisionale (ad es., quelle indipendenti che sono preposte alla tutela delle libertà fondamentali) per colmare le lacune dell'ordinamento giuridico (funzione integrativa)²⁸. Infine, quando siano in-

²⁷ Per tutti, v. Raz, *op. cit.*, p. 839 s.

²⁸ Per tutti, v. Raz, *op. cit.*, p. 840 ss. e, a proposito del diritto europeo, Tridimas, *op. cit.*, p. 1. Il collegamento tra il difetto di completezza dell'ordinamento giuridico e l'applicazione dei suoi principî generali è già evidente nei codici civili dell'Ottocento, i quali si sforzano di ricondurlo al meccanismo dell'analogia. A un primo livello di analogia, è infatti previsto che le lacune siano colmate mediante l'applicazione delle norme giuridiche che disciplinano casi simili o materie analoghe (*analogia legis*); in loro mancanza, che si applichino direttamente i principî generali dell'ordinamento giuridico (*analogia iuris*); v. Falzea, *Relazione introduttiva*, in *I principî generali del diritto. Atti, del convegno linceo del 27-29 maggio 1991*, Roma, 1992, p. 11 ss., spec. p. 18. Il prototipo di tale soluzione è stato l'ABGB austriaco del 1811, il quale nel § 7 indica esplicitamente i principî del diritto naturale come criterio finale per decidere un caso non preso in considerazione da specifiche disposizioni legali («*Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden*»). Quel modello fu seguito dal codice civile degli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna del 1838 (art. 15 del capitolo introduttivo), successivamente dal primo codice civile italiano del 1865 (art. 3 delle disposizioni preliminari) e infine dall'attuale codice civile italiano del 1942 (art. 12, paragrafo 2, delle disposizioni preliminari: «*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*»); Sacco, *I principî generali nei sistemi giuridici europei*, e Gorla, *I principî generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari del Codice civile italiano del 1942*, in *I principî generali del diritto*, cit., p. 163 ss. e, rispettivamente, p. 177 ss. Molto più esplicito è invece il *Código civil español* del 1889, il cui *Título preliminar*, art. 1, non esita a includere i principî generali tra le fonti della legge spagnola (paragrafo 1: *Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*), anche se subito dopo aggiunge che essi sono applicabili solo quando mancano la legge e gli usi normativi (paragrafo 4: *Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*). Durante i lavori preparatori del codice italiano del 1942, il governo guidato da Mussolini cercò di conformare il diritto privato ai dettami politici del fascismo, propugnando

derogabili, i principî possono addirittura mettere in discussione la validità o l'efficacia di un'altra norma giuridica, o quanto meno limitare in senso restrittivo la sua applicazione (funzione correttiva)²⁹.

Anche al di là delle obiezioni che possono essere sollevate rispetto alla formalizzazione concettuale dei principî che è stata fin qui riassunta, è comunque dubbio che essa sia adeguata rispetto al diritto europeo, in quanto quest'ultimo è caratterizzato da una struttura costituzionale che è peculiare e molto diversa da quella del diritto nazionale di un qualsiasi Stato europeo, e anche da quella del diritto internazionale. Il diritto europeo è infatti un ordinamento giuridico sovranazionale, il quale ha riscritto una parte (ormai piuttosto significativa) del diritto privato di ciascuno degli Stati membri, soprattutto mediante l'emanazione delle direttive che hanno armonizzato gli ordinamenti giuridici nazionali al fine dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno unico; ma, al tempo stesso, esso costituisce anche il quadro normativo generale all'interno della quale si inserisce il nucleo comune preesistente (*common core*) degli ordinamenti giuridici degli Stati membri³⁰, il quale è stato reso coerente da un punto di vista normativo che è nuovo e diverso da quello nazionale.

Nell'ambito del diritto europeo, il livello normativo nazionale e quello sovranazionale non si escludono reciprocamente, ma al contrario si coordinano tra loro in modo dinamico e integrato, realizzando così un modello

l'elencazione dei principî generali del diritto nel capitolo preliminare (e interpretandoli come l'espressione dell'ideologia predominante). Nel Congresso di Pisa del 1940, intitolato «*Formulazione legislativa dei principî generali del Diritto*», la posizione contraria venne però sostenuta con successo dal giovane (ma già autorevole) Francesco Santoro-Passarelli; v. Rescigno, *Conclusioni*, in *I principî generali del diritto*, cit., p. 331 ss.

²⁹ Per tutti, v. Raz, *op. cit.*, p. 840. Nel noto caso americano *Riggs v Palmer*, 115 NY 506 (1889), il principio secondo cui nessun uomo dovrebbe trarre profitto dal proprio comportamento illecito spinse la corte giudicante a escludere l'applicazione di una norma giuridica la quale in astratto era attinente al caso di specie, ma in concreto avrebbe condotto a una soluzione palesemente ingiusta. In CA 986/93 *Klemer v Guy* [1996] IsrSC 50(1) 185, la Suprema Corte di Israele si avvale del principio di buona fede per affermare la validità di un contratto di vendita immobiliare che era stato stipulato in forma orale, sebbene la legge scritta richiedesse a pena di nullità la sua forma scritta.

³⁰ Il concetto di nucleo comune (*common core*) degli ordinamenti giuridici venne sviluppato da Rudolf B. Schlesinger durante i famosi seminari presso la Cornell Law School negli anni Sessanta; v. R.B. Schlesinger, *On the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, in *American Journal of International Law*, vol. 51, 1957, *passim*; Id. (a cura di), *Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems. Conducted under the Auspices of the General Principles of Law Project of the Cornell Law School*, Dobbs Ferry NY, 1968, 2 volumi. Nel contesto europeo, tale concetto è stato utilizzato come punto di partenza del *Trento Common Core Project*, sul quale v. *Making European Law. Essay on the Common Core Project*, ed. by Busani and Mattei, Trento, 2000.

peculiare di regolazione dell'economia e della società, il quale è finalizzato a conseguire obiettivi di massimizzazione del benessere collettivo.

La struttura multilivello del diritto europeo impone di riconsiderare da capo la questione dei principi del diritto³¹, la quale non può essere esaminata indipendentemente dalla struttura costituzionale dell'ordinamento giuridico di cui si tratta³².

2. La concezione dei principi del diritto basata sulla recezione della morale sociale: critica

Come si è già accennato³³, si ritiene comunemente che i principi del diritto siano caratterizzati da una stretta connessione (se non addirittura da una identificazione) con i valori morali posti a fondamento di una società e che abbiano pertanto un contenuto propriamente etico³⁴.

Movendo da tali premesse, è stato rilevato che, quando un giudice fa applicazione di un principio del diritto, egli intende giustificare la propria decisione in base a un valore morale preesistente nella società di riferimento (criterio deontologico)³⁵, anziché in base a una qualche conseguenza pratica o politica che ne potrebbe conseguire, ad es., di prevenzione dei

³¹ V. *infra*, n. 4.

³² In tal senso, v. Metzger, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*, Tübingen, 2009, p. 109, il quale sviluppa anche un'interessante comparazione con il sistema giuridico federale degli Stati Uniti d'America; Grundmann, *General Standards and Principles, Clauses Générales and Generalklauseln*, in *European Contract Law – A Survey*, in *General Clauses And Standards in European Contract Law*, ed. by Grundmann and Mazeaud, cit., p. 4; Hesselink, *The Structure of the New European Private Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 6.4, 2002, all'indirizzo elettronico: <http://www.ejcl.org/64/art64-2.html>; Id., *How many systems of private law are there in Europe? On plural legal sources, multiple identities and the unity of law*, in *Centre for Study of European Contract Law Working Paper Series*, n. 2012-03, all'indirizzo elettronico: <http://ssm.com/abstract=2046964>.

³³ V. *supra*, n. 1.

³⁴ Per quanto riguarda il diritto europeo, v. in tal senso Hartkamp, *op. cit.*, p. 241 s. In generale, v. il classico contributo di Bydlinski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze. Zur rechtsethischen Verfassung der Gesellschaft*, Berlin, 1988, *passim* e spec. p. 128.

³⁵ Si pone ovviamente il problema di come individuare i valori della morale sociale. La tesi secondo cui essi (potrebbero e) dovrebbero essere oggettivamente accertati e riconosciuti dal giudice indipendentemente dalle proprie convinzioni personali (per tutti, v. Wellington, *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*, in *Yale Law Journal*, vol. 83, 1973, p. 244 ss.) non è facilmente conciliabile con la impostazione positivista del diritto; quest'ultima tende viceversa a suggerire che, in quanto la legge non impone la propria concezione della giustizia o del bene comune, il giudice dovrebbe in definitiva far riferimento ai propri giudizi di valore (per tutti, v. Raz, *op. cit.*, p. 847).

comportamenti illeciti o di crescita economica (criterio teleologico o consequenziale)³⁶.

Per quanto in un certo senso possano essere considerate come evidenti, tali considerazioni rischiano tuttavia di essere autoreferenziali, se si tiene conto che la morale sociale può appunto essere definita come il riflesso delle norme più radicate in quella stessa società: affermare che i principî del diritto ne facciano parte può non solo essere un'ovvietà, ma rischia anche di creare l'equivoco pericoloso di identificarli con la tradizione e la consuetudine. È appena il caso di rilevare che, al contrario, i principî del diritto costituiscono il tribunale innanzi al quale la tradizione e la consuetudine devono essere trascinate e giudicate con tutta la fermezza con la quale la ragione del diritto può ancora manifestarsi ai giorni nostri³⁷.

Peraltro, la correlazione dei principî del diritto con la morale sociale non è sempre così evidente.

La struttura costituzionale del diritto dell'Unione europea si regge, ad es., sui principî (cc.dd. istituzionali) di attribuzione, di sussidiarietà e di proporzionalità³⁸, di primato del diritto europeo e di leale cooperazione dell'Unione europea³⁹, i quali hanno pertanto un'importanza essenziale per l'efficienza delle istituzioni. Sarebbe tuttavia una forzatura affermare che essi costituiscano un'emanazione della morale sociale, o comunque si identifichino in valori morali o sociali generalmente riconosciuti.

Una considerazione analoga può valere per i principî di proporzionalità e di equo processo (parità di trattamento, trasparenza, contraddittorio, ecc.) che in molti paesi europei limitano (talvolta a livello costituzionale) l'esercizio del potere amministrativo.

Passando all'ambito più propriamente privatistico, è poi difficile sottrarsi alla sensazione che, se, ad es., si dovesse davvero riconoscere un contenuto morale ai principî della vincolatività del contratto (*pacta sunt servanda*) ovvero del *numerus clausus* dei diritti reali, allora si dovrebbe fare altrettanto per tutte (o quasi) le norme giuridiche che sono dettate dal codice civile.

³⁶ Wellington, *op. cit.*, p. 83, il quale riconosce peraltro che spesso una certa regola o decisione giudiziale si basa tanto su un criterio deontologico, quanto su un criterio teleologico o consequenziale.

³⁷ A tale proposito, v. di recente le incisive affermazioni di Patti, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 21, «Anche la tradizione [...] non può porsi in contrasto con la ragione e la sua autorità deve essere sottoposta a verifica mediante criteri di ragionevolezza. La tradizione, infatti, non si impone soltanto per forza propria, poiché richiede capacità di convincimento e quindi ragionevolezza».

³⁸ Art. 5 del Trattato sull'Unione europea.

³⁹ Art. 4, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea.

Anche senza richiamarsi alla celebre formula polemica della «tirannia dei valori»⁴⁰, è piuttosto evidente che l'invocazione della morale sociale spesso costituisce poco più di un espediente retorico finalizzato ad affermare surrettiziamente la volontà (di un giudice, di uno studioso, di un legislatore) di valorizzare una determinata norma o disciplina giuridica, affinché a essa sia attribuita una qualche preminenza sul resto dell'ordinamento giuridico.

Infatti, le grandi trasformazioni sociali e culturali che si sono verificate (nei paesi occidentali) dal secondo dopoguerra hanno reso sostanzialmente impossibile l'idea stessa di una morale sociale: essa è stata ormai da tempo sostituita dal pluralismo dei valori, delle etiche e degli stili di vita, il quale costituisce una componente ormai irrinunciabile delle democrazie liberali⁴¹.

In realtà, soltanto da un punto di vista meramente formale si può affermare che i principi del diritto abbiano una struttura deontologica, nel senso cioè che essi non costituiscano i mezzi per conseguire un obiettivo (sociale, politico, o anche morale) che è voluto dal legislatore, ma si affermino in base alla loro intrinseca razionalità oggettiva.

In tal senso, i principi del diritto si contrappongono alle politiche del diritto (*policies*), le quali, individuando invece obiettivi sociali o politici che il legislatore si prefigge di conseguire, sono costitutivamente caratterizzate da una struttura teleologica, o consequenziale (*stat pro ratione voluntas*)⁴².

Si deve pertanto ritenere che i principi del diritto non siano in realtà suscettibili di essere individuati, ma neanche di essere criticati da un punto di vista propriamente assiologico e che pertanto essi valgano indipendentemente dalla morale sociale che sia professata in un determinato contesto storico, culturale o ambientale.

In altri termini, la discussione sui principi del diritto non può essere basata che sulla razionalità oggettiva della quale costituiscono una manifestazione. Ciò non significa peraltro che essi siano eterni e intoccabili, perché in tutti i settori del sapere umano l'esperienza dimostra che la ragione non è autoevidente, ma si disvela storicamente mediante una continua ricerca della verità⁴³.

⁴⁰ Schmitt, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Milano, 2008.

⁴¹ Per tutti, v. Raz, *op. cit.*, p. 850, secondo il quale la convinzione che la polazione di uno Stato grande e moderno condivida un considerevole nucleo di specifici valori morali costituirebbe una «pericolosa leggenda» (*harmful myth*).

⁴² Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 22. La rigida distinzione tra principi e *policies* è stata tuttavia ridimensionata da Wellington, *op. cit.*, p. 222 s., il quale ritiene che una determinata regola o decisione giudiziale potrebbe essere fondata su entrambi.

⁴³ Resta fondamentale al riguardo il capolavoro di Gadamer, *Verità e metodo*, trad. it. di Vattimo, Milano, 2000, p. 562 ss.

3. La concezione dei principî del diritto basata sulla vaghezza o indeterminabilità del loro contenuto precettivo: critica

Come si è anche già accennato⁴⁴, si ritiene inoltre che la peculiarità dei principî si rinvenga nella indeterminatezza dei loro presupposti applicativi e nella generalità e vaghezza del loro contenuto precettivo⁴⁵. Proprio in queste caratteristiche sono stati anzi ravvisati i criteri esclusivi per distinguerli dalle regole, le quali costituirebbero invece precetti particolari e puntuali⁴⁶.

Per quanto possa presentarsi come intuitivamente persuasiva, tale impostazione concettuale non risulta in realtà decisiva, sia perché la sua applicazione non conduce a risultati univoci nella distinzione tra i principî e le regole, e sia anche perché essa tende sempre più a essere superata dall'evoluzione della realtà normativa⁴⁷.

In primo luogo, infatti, non sempre i principî del diritto si prestano a essere definiti come generali, e non sempre essi dettano un precetto vago o subordinato a presupposti indeterminati di applicazione.

Nell'ambito del diritto privato, ad es., è generalmente riconosciuto che la disciplina della responsabilità civile è basata in molti ordinamenti giuridici su un principio di riparazione (ovvero di risarcimento) integrale del danno (di *restitutio in integrum*, come talvolta si dice). È tuttavia certamente discutibile che esso abbia un contenuto precettivo vago e indeterminabile: per quanto generici possano risultare i concetti di «illecito» e di «danno», è evidente che si tratta invece di un precetto piuttosto specifico e che i presupposti della sua applicazione sono determinati in modo puntuale.

Una considerazione analoga può valere a proposito del principio di restituzione dell'arricchimento senza causa, il quale concorre peraltro con quello di risarcimento integrale del danno alla realizzazione dell'ideale aristotelico della giustizia correttiva⁴⁸.

Se si prende poi in considerazione il diritto comune europeo (o *ius commune*)⁴⁹, si deve rilevare che il *corpus* dei *Principî di diritto europeo dei con-*

⁴⁴ V. *supra*, n. 1.

⁴⁵ Hartkamp, n. 8 sopra, p. 242. V. anche Boulanger, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Études offertes à Georges Ripert*, I, in *Études générales – droit de la famille*, LGDJ, Paris, 1950, p. 56.

⁴⁶ V. soprattutto Raz, *op. cit.*, p. 838, il quale precisa peraltro che la distinzione basata sugli estremi della generalità e della specificità non è dicotomica, ma graduale.

⁴⁷ Nel senso che l'importanza di tale distinzione sia spesso esasperata, v. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, p. 155.

⁴⁸ Aristotele, *Etica a Nicomaco*, V libro, capitolo 4.

⁴⁹ Per i diversi significati di tale espressione, v. Alpa, Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2005, p. 3 ss.

tratti (PECL), dettando una disciplina esaustiva del contratto in generale, la quale presenta caratteristiche analoghe a quelle che si riscontrano nei codici civili nazionali, non si è peritato di caratterizzarla concettualmente come una raccolta di principi. Per quanto tale scelta sia stata motivata in base a ragioni le quali, come si dirà nel prosieguo⁵⁰, possano anche suscitare qualche perplessità, resta comunque fermo che la determinatezza e la puntualità (di larga parte) di tale disciplina non è stata avvertita come un ostacolo dirimente per l'utilizzazione del termine e del concetto dei principi, risultando così dimostrato che essi non si addicono esclusivamente a precetti generali, vaghi o indeterminati.

Analogamente si può dire a proposito dei *Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali* (PICC).

All'inverso, il legislatore emana sempre più frequentemente regole che hanno un contenuto indeterminato⁵¹, anzitutto quando esse prendono in considerazione e disciplinano fattispecie «aperte», ovvero sono basate su concetti elastici i quali richiedono di essere concretizzati in base a un accertamento delle circostanze del caso di specie (si pensi, ad es., alla norma giuridica tradizionale secondo cui il contratto può essere risolto soltanto quando l'inadempimento dell'altra parte contraente sia «fondamentale» o «essenziale», ovvero, riprendendo il linguaggio dell'art. 1455 c.c., non abbia scarsa importanza)⁵². Per quanto qui rileva, ancora più significative sono le regole le quali, più che disciplinare una fattispecie «aperta» o «indeterminata» nel senso che è stato sopra esposto, attribuiscono al giudice il potere di stabilire la prevalenza fra più interessi che, essendo tutti astrattamente tutelabili, si pongono strutturalmente e, per così dire, inevitabilmente in conflitto tra loro nello svolgimento di un'attività o di una relazione giuridica (si pensi, ad es., alla norma giuridica secondo cui nella fase delle trattative e della formazione del contratto le parti devono comportarsi secondo buona fede)⁵³:

⁵⁰ V. *infra*, n. 7.

⁵¹ Nel senso che la determinatezza di contenuto precettivo non costituisca un essenziale elemento costitutivo delle regole, v. Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, 1991, p. 14.

⁵² Sulla definizione dei concetti elastici, v. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*¹⁶, Napoli, 2013, p. 48.

⁵³ Per tale concezione delle clausole generali, v. recentemente Libertini, *op. cit.*, p. 370, secondo il quale la loro fattispecie è indubbiamente molto ampia, ma non indeterminata; indeterminato sarebbe invece il criterio di risposta che l'ordinamento vuol dare in presenza di tali conflitti (che l'a. definisce «modali», sulla scorta di M. Barcellona, *Struttura della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 401 ss.). In altri termini, la peculiarità delle clausole generali sarebbe in definitiva costituita dall'attribuzione al giudice di un potere discrezionale (ovviamente diverso da quello amministrativo, perché caratterizzato da «terzietà», ma pur sempre) di valutazione comparativa di interessi confliggenti. Ciò pre-

principalmente sulla scorta dell'esperienza giuridica tedesca (in larga parte edificata sul modello del *Gebot von Treu und Glauben* di cui al § 242 BGB)⁵⁴, esse possono essere appropriatamente qualificate come clausole generali⁵⁵.

Si deve pertanto ritenere che i caratteri della generalità, della vaghezza e della indeterminabilità di contenuto precettivo non costituiscano elementi costitutivi indefettibili dei principi del diritto, ma soltanto caratteristiche che essi presentano in via normale e, per così dire, naturale.

Ciò dipende dalla loro natura di imperativi categorici oggettivamente razionali e assiologicamente neutrali: è infatti evidente che, quanto più un precetto assume un contenuto puntuale e determinato, tanto più esso si allontana da tale modello di riferimento, risultando orientato al conseguimento di un determinato scopo, alla realizzazione degli interessi di una parte, ecc.

All'inverso, solo sussistendo peculiari ragioni di politica del diritto può ritenersi conveniente che le regole abbiano un contenuto vago o indeterminato⁵⁶: in quanto esse sono dettate dal legislatore per il conseguimento di un

suppone che le clausole generali siano logicamente e giuridicamente concepite come norme giuridiche complete (e in tal senso, v. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 1 ss.). Secondo la nota tesi di Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss., ribadita in Id., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss. e seguita da Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21, le clausole generali costituirebbero invece tecniche di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, le quali non descriverebbero una fattispecie e sarebbero prive di un proprio ambito operativo, essendo piuttosto destinate a operare negli ambiti di altre norme e in funzione dei rapporti giuridici che in essi si costituiscono.

⁵⁴ La bibliografia di lingua tedesca è praticamente sterminata; per un breve resoconto, v. Schlechtriem, *The Functions of General Clauses. Exemplified in Regarding German Law and Dutch Law*, in *General Clauses And Standards in European Contract Law*, ed. by Grundmann and Mazeaud, cit., p. 41 ss. Il concetto delle clausole generali è stato invece meno importante per lo sviluppo del diritto francese; al riguardo, v. Jauffret-Spinosi, *Théorie et Pratique de la Clause Générale en Droit Français Et Dans Les Autres Systemes Juridiques Romanistes*, in *op. ult. cit.*, p. 23 ss.

⁵⁵ Per un'aggiornata e approfondita trattazione d'insieme, v. recentemente Patti, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 263 ss.

⁵⁶ In tal caso, si pone evidentemente il problema del loro rapporto con i principi del diritto, il quale è stato approfondito soprattutto a proposito delle clausole generali (in generale, v. M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006; Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; Guarneri, voce «Clausole generali», in *Dig. discipl. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 403 ss.; Id., *Le clausole generali*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, p. 131 ss.; Fabiani, voce «Clausola generale», in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 183 ss., nonché i saggi raccolti sotto il titolo *Le clausole generali nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1191 ss.). Secondo la tesi più consolidata, le clausole generali costituirebbero una «delega in bianco» al giudice, affinché determini il loro contenuto precettivo mediante

obiettivo che si è deliberatamente prefisso, è appunto solitamente funzionale al conseguimento di tale obiettivo che esse invece dettino precetti puntuali e determinati.

4. La natura antipositivistica dei principi del diritto e la loro distinzione dalle regole

Per quanto riguarda propriamente i principi del diritto europeo, conviene prendere le mosse dal Trattato sull'Unione, il quale, unitamente al Trattato sul funzionamento dell'Unione e ad alcune decisioni basilari della Corte di giustizia, costituisce attualmente il fondamento costituzionale di quell'ordinamento giuridico.

Nel Preambolo del Trattato sull'Unione europea gli Stati membri hanno espressamente professato «*il proprio attaccamento ai principi della libertà,*

il ricorso a criteri extragiuridici costituiti da norme tecniche o da *standards* valutativi tratti dalla morale sociale (c.d. eterointegrazione); in tal senso, v. soprattutto Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 1 ss.; Id., *Le clausole generali dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *Clausole generali e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, p. 30 ss.; Id., *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1689 s.; G. D'Amico, *Clausole generali*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, Napoli, 2007, I, p. 429 ss. Movendo dal presupposto che la giurisprudenza sia così riconosciuta come una fonte del diritto, tale concezione è stata qualificata come «giusnaturalismo laico» (da Libertini, *op. cit.*, p. 356). Secondo una diversa linea di pensiero, il contenuto precettivo delle clausole generali dovrebbe essere determinato dal giudice mediante l'applicazione dei principi del diritto (c.d. autointegrazione); v. Rodotà, *Le clausole generali nel tempo della crisi flessibile*, in *Lezioni sul contratto*, a cura di Orestano, Torino, 2009, p. 97 ss.; Id., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709 ss., e già Id., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, *passim*, seguito da Libertini, *op. cit.*, p. 354 e già Id., *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 599 ss.; in senso critico, cfr. invece Patti, *op. cit.*, p. 272 ss. Tale concezione è stata qualificata invece come «giuspositivismo critico» o «moderato» (da Libertini, *op. cit.*, p. 356). Il dibattito sulla concezione delle clausole generali non può non riflettersi sul delicato problema giurisdizionale del controllo di legittimità (da parte della Suprema Corte di Cassazione) sulla loro applicazione (da parte del giudice di merito); a tale proposito, v. Falzea, *Il controllo di legittimità sull'impiego degli standards valutativi*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, I, p. 393 ss.; Fabiani, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003; Roselli, *Le clausole generali, oggi*, in *Diritto romano attuale*, 10/2003, p. 37 ss. Nel diritto europeo, un problema analogo e da qualche tempo vivacemente dibattuto (soprattutto nella letteratura di lingua tedesca) è costituito dalla eventuale competenza della Corte di giustizia a interpretare e applicare le clausole generali previste nelle direttive e nei regolamenti dell'Unione; per un'approfondita analisi della questione, e per la critica della tesi secondo cui tale competenza spetterebbe invece ai giudici nazionali, v. Patti, *L'interpretazione delle clausole generali*, cit., p. 290 ss.

della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto».

Il riferimento ai principi è poi ripreso con vigore e con un'intenzione più chiaramente tecnico-giuridica nell'art. 6, paragrafo 3, del medesimo Trattato, in base al quale «*i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*»⁵⁷. Tale disposizione riprende la giurisprudenza della Corte di giustizia che si era formata fin dagli anni Settanta e che, in mancanza di uno specifico riferimento normativo, aveva fondato appunto la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sulle «*tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*»⁵⁸.

Con particolare riguardo al principio di non discriminazione, la Corte di giustizia ha integrato la suddetta formulazione nel corso del tempo, aggiungendovi un espresso riferimento ai trattati internazionali che obbligano gli Stati membri a rispettare i diritti umani⁵⁹, e in particolare alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)⁶⁰.

⁵⁷ Nel medesimo senso, v. già l'art. 52, paragrafo 4, della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali dell'Unione europea, sulla quale v. ampiamente Alpa, *CELS, Fundamental Rights, General Principles, Rules of Contract Law*, cit., p. 350 ss.

⁵⁸ La prima affermazione di questo tipo può essere trovata nella sentenza relativa al caso C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, par. 4, in *Racc.*, 1970, p. 1125, spec. p. 1135: «*La tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità*».

⁵⁹ Va notato che l'articolo 38, paragrafo 1, lett. c), dello statuto della Corte internazionale di Giustizia, che è annesso alla Carta delle Nazioni Unite e di cui è una parte integrante, prevede che la Corte dovrà applicare «*i principi giuridici generali riconosciuti dalle nazioni civilizzate*».

⁶⁰ Precedenti importanti in questo contesto sono le decisioni dei casi C-4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contro Commissione delle Comunità europee*, par. 13, in *Racc.*, 1975, p. 985 ss.; C-36/75 *Rutili v Ministre de l'intérieur*, par. 32, in *Racc.*, 1975, p. 1219 ss.; C-44/79, *Hauer contro Land Rheinland-Pfalz*, par. 17 ss., in *Racc.*, 1979, p. 3727 ss. Per un quadro d'insieme, v. Schermers, *Human Rights as General Principles of Law*, in *General Principles of European Community Law*, ed. by Bemitz and Nergelius, cit., p. 61 ss.; Groussot, *General Principles of Community Law*, Grønningen, 2006, p. 56 ss. Di recente, le decisioni più importanti (e fortemente dibattute) sono sicuramente state quelle del caso 144/04 (*Mangold v Helm*), ECJ, 22 novembre 2005, in *Racc.*, 2005, p. I-9981 ss. e del caso 101/08 (*Audiolux v Bertelsmann*), ECJ, 15 ottobre 2009, in *Racc.*, 2009, p. I-9823 ss., entrambi relativi all'applicazione del principio di non discriminazione: il primo nel campo del diritto del lavoro, e il secondo nel campo del diritto d'impresa (per un acuto commento v. Metzger, *Allgemeine Grundsätze in Europa – dargestellt am Beispiel des Gleichbehandlungsgrundsatzes*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht*, Bd. 75, 2011, p. 845 ss.).

È stato peraltro successivamente preveduto dall'art. 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione che quest'ultima aderisca senz'altro alla Convenzione europea; l'art. 6, paragrafo 1, del medesimo Trattato ha inoltre stabilito che l'Unione «*ri-conosce i diritti, le libertà e i principî sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati*».

La formalizzazione dei principî del diritto europeo nel Preambolo e nell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea è fortemente indicativa non solo della loro natura, ma anche del loro fondamento.

Dal punto di vista del contenuto precettivo che li caratterizza, al massimo livello della loro rilevanza costituzionale tali principî si rivelano come strettamente connessi, se non addirittura come coincidenti, con i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali⁶¹. Dal punto di vista della loro rilevanza formale, essi costituiscono sì una parte integrante del diritto dell'Unione europea, ma al tempo stesso promanano da una fonte esterna (il diritto internazionale, così come esso si è consolidato nelle convenzioni che vincolano gli Stati europei alla tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e le tradizioni costituzionali comuni che si sono formate in questa materia).

Tali caratteristiche possono essere spiegate in modo soddisfacente applicando alla peculiare struttura multilivello del diritto europeo la nota concezione che Ronald Dworkin ha sviluppato nell'ambito della teoria generale e della filosofia del diritto.

I principî del diritto europeo non sono in realtà una creazione del potere legislativo e di quello giudiziario dell'Unione europea, ma all'inverso preesistono al loro esercizio. Secondo la struttura multilivello del diritto europeo che è inscritta nella sua costituzione, i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini europei hanno infatti la precedenza sul potere pubblico, e più in generale i principî del diritto comune degli Stati membri hanno la precedenza su quello dell'Unione, il quale è essenzialmente caratterizzato dalla sua sussidiarietà nei confronti della autonomia privata e della sovranità nazionale.

Da un punto di vista più generale, ciò dimostra che l'ordinamento giuridico dell'Unione europea difetta di completezza, nel senso che non è propriamente autonomo: i suoi stessi principî glielo vietano. Questo paradosso è stato spiegato da Ernst-Wolfgang Böckenförde meglio di chiunque altro (e non a caso nella dottrina costituzionalistica contemporanea porta ormai il suo nome)⁶²: le costituzioni nazionali e sovranazionali impediscono ormai

⁶¹ Alpa, *CESL, Fundamental Rights, General Principles, Rules of Contract Law*, cit., p. 351 ss.

⁶² Il famoso dilemma di Böckenförde così recita: «*Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann*». Esso è così spiegato dall'a.: «*Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen*

agli ordinamenti giuridici (occidentali) di essere chiusi in se stessi e autoreferenziali, perché i diritti e le libertà fondamentali dell'uomo e più in generale i loro principî inderogabili costituiscono veri e propri limiti all'esercizio del potere legislativo e di quello giudiziario.

Secondo queste spiegazioni teoriche e costituzionali degli ordinamenti giuridici contemporanei, i principî del diritto devono essere contrapposti alle regole in ragione della loro natura anti-positivistica. Se è vero infatti che i principî del diritto entrano a far parte del diritto dell'Unione perché ciò è previsto da una sua norma giuridica⁶³, è altresì vero che essi sono riconosciuti come un dato preesistente e soprattutto indipendente dall'esercizio del potere legislativo e giurisdizionale dell'Unione stessa.

Come si è già accennato, l'evoluzione del diritto europeo, la quale è giunta a far sì che fosse coltivata l'ambizione di un vero e proprio codice civile unico in luogo di quelli nazionali, ha indotto l'Unione (e anzitutto la Corte di giustizia) a considerare e riconoscere espressamente non soltanto i principî generali che si collocano al massimo livello costituzionale, ma anche quelli che più modestamente operano nel diritto privato, anzitutto nella parte in cui esso disciplina il contratto e le società.

Al fine di individuare e di riconoscere i principî generali del diritto europeo, il già menzionato riferimento alle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» si è pertanto ampliato fino a comprendere le regole «*comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri*»⁶⁴.

Si deve pertanto ritenere che i principî del diritto europeo siano ormai costituiti dal nucleo comune (*common core*) degli ordinamenti giuridici de-

*Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt, mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren versuchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat». Per entrambe le citazioni, v. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M., 1976, p. 60.*

⁶³ Se si tiene presente tale considerazione, si deve ritenere che i principî del diritto abbiano una natura antipositivistica soltanto se si intende il positivismo giuridico in un senso forte, e in un certo senso estremo; se lo si intende invece in un senso moderato, essi possono essere ben integrati in una teoria positivistica del diritto. Per le diverse concezioni del positivismo giuridico, v. i saggi raccolti in *Oltre il «positivismo giuridico»*. In onore di Angelo Falzea, a cura di Sirena, Napoli, 2011, e soprattutto quello di Busnelli, *In margine alla «grande dicotomia» diritto civile-diritto naturale. Le alterne fortune dei principî generali*, *ibidem*, p. 49 ss. Resta tuttavia da chiarire per quale ragione il positivismo giuridico, in un certo senso contraddicendo se stesso, dia la precedenza ai principî del diritto, antepoendoli alla sua volontà di potenza; al riguardo, v. *infra*, n. 5.

⁶⁴ Questa formulazione è stata utilizzata come principio dalla Corte europea nelle sue decisioni sull'arricchimento senza giusta causa (caso 47/07, *Masdar (UK) Ltd* contro *Commissione delle Comunità Europee*, para. 47, in *Racc.*, 2008, p. I-9761 ss.).

gli Stati membri sia a livello nazionale sia a quello internazionale, nonché dai presupposti normativi del suo riconoscimento e della sua applicazione da parte dell'Unione europea, e segnatamente da parte della Corte di giustizia⁶⁵.

Per differenza specifica, le regole del diritto europeo sono costituite da quelle norme giuridiche che dettano un precetto indipendentemente dalla realtà preesistente degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, e anzi per lo più contraddicendola o comunque correggendola per il conseguimento di un determinato obiettivo di politica del diritto (*policy*).

In altri termini, i principî del diritto europeo promuovono l'integrazione tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri mediante il riconoscimento e l'applicazione di ciò che essi hanno già in comune, principalmente perché costituisce un retaggio storico che affonda le proprie radici nella tradizione romanistica. Le regole del diritto europeo promuovono invece tale integrazione giuridica «denazionalizzando» gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, ossia cancellando selettivamente le divergenze che si sono venute a formare in secoli di positivismo nazionalistico.

Tale concezione è in un certo senso confermata a livello semantico ed etimologico.

Nel termine latino di *principium* si riconosce un'origine o un inizio, che opera indipendentemente dalla volontà di chi parla: lo sguardo è rivolto all'indietro ed è connotato da un senso di rispetto e di valorizzazione di una realtà preesistente. La *regula* esprime invece l'ambizione di governare le cose e di imporre la propria volontà agli altri: lo sguardo è rivolto in avanti ed è connotato dalla volontà di potenza.

5. La legittimazione dell'ordinamento giuridico mediante il riconoscimento dei principî del diritto

Come si è già accennato⁶⁶, nel secondo dopoguerra i legislatori nazionali e più recentemente quello europeo hanno deliberatamente messo a freno la loro volontà di potenza (alla quale, per quanto qui rileva, si può anche dare il nome di positivismo giuridico) e hanno sempre più ampiamente riconosciuto di essere assoggettati ai principî del diritto. Per quanto non abbiano per definizione una natura politica, è indubbio che tali principî siano pertanto

⁶⁵ In questa specificazione rientrano segnatamente i principî di sussidiarietà e di proporzionalità di cui all'art. 5 del Trattato sull'Unione europea, e più ampiamente i principî c.d. istituzionali (v. anche *supra*, n. 2).

⁶⁶ V. *supra*, n. 1.

chiamati dal potere pubblico a svolgere una funzione politica, la quale costituisce fra l'altro proprio la ragione per la quale sono riconosciuti e professati dal diritto positivo.

In astratto, si può immaginare che un ordinamento giuridico sia costituito soltanto da ordini particolari e concreti che chi esercita il potere impartisca a uno o più soggetti determinati, affinché tengano (o non tengano) un determinato comportamento. È peraltro dubbio che si tratterebbe allora di un vero e proprio ordinamento giuridico, poiché il diritto non è neppure concepibile in mancanza di una certa razionalizzazione sistematica delle sue regole (ad es., dal punto di vista dell'eguaglianza formale di coloro che le devono rispettare).

Sempre in astratto, si può all'opposto immaginare che un ordinamento giuridico sia costituito soltanto da precetti generali e astratti aventi un contenuto indeterminato (ad es., «ogni cittadino deve essere fedele allo Stato e alle sue leggi», oppure «ciascuno deve eseguire secondo buona fede i propri obblighi nei confronti degli altri»). È peraltro dubbio che sarebbe allora conseguibile un livello minimo di certezza del diritto e anche che sarebbe salvaguardata quella separazione dei poteri sulla quale è basata la democrazia liberale di molti Stati.

Nella realtà delle cose, è allora inevitabile che si ricorra a una soluzione intermedia: il diritto è in larga parte costituito da regole generali e astratte, le quali si pongono come una mediazione razionale tra il caso e i principî e costituiscono il prototipo della norma giuridica sulla quale è stato edificato lo Stato di diritto⁶⁷.

Il tipo più semplice e comune di norme giuridiche è costituito dalle «regole primarie», ovvero «di dovere», le quali, sussistendo le circostanze o le condizioni ipotizzate dal legislatore, obbligano una o più persone a tenere un determinato comportamento (commissivo ovvero omissivo). Un tipo più sofisticato di norme giuridiche è costituito dalle «regole secondarie», ovvero «di potere», le quali, laddove siano soddisfatti i loro requisiti, pongono invece una o più persone nella posizione di provocare un cambiamento delle situazioni giuridiche soggettive, proprie o altrui⁶⁸.

⁶⁷ Nel suo fondamentale contributo sulla teoria generale delle norme giuridiche, Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, cit., definisce le regole come «*entrenched generalizations*», caratterizzandole in base al fatto che esse vincolano i soggetti per la sola ragione che sono a essi logicamente applicabili (e non già in considerazione della loro ragione giustificativa).

⁶⁸ Per una classica analisi della differenza tra i due tipi di norma giuridica, v. Hart, *The Concept of Law*, 1^a ed, Oxford, 1961, pp. 27 s., 78 s., 89 ss. Secondo Schauer, *op. cit.*, p. 3 ss. occorrerebbe distinguere tra «*mandatory rules*», le quali esercitano su chi vi è sottoposto una pressione normativa ad agire, e «*rules of thumb*», le quali si limitano a offrire un'opzione che può essere seguita o ignorata a seconda delle circostanze del caso.

Così, ad es., la regola che prevede l'obbligo di pagare il prezzo di una compravendita è del primo tipo («primaria», ovvero «di dovere»), laddove quella che, nel caso in cui la cosa venduta sia viziata, attribuisce al compratore il diritto di risolvere il contratto è del secondo tipo («secondaria», ovvero «di potere»). Affinché le regole sia di un tipo, che dell'altro siano effettivamente rispettate, è indispensabile che esse siano assistite da un'adeguata sanzione giuridica, la quale sia sufficiente a indurre i consociati a dare esecuzione ai propri obblighi ovvero a rispettare i procedimenti di attribuzione del potere.

Per quanto riguarda le regole «di dovere» la conseguenza della loro violazione sarà generalmente costituita da una sanzione afflittiva, comminata a chi non abbia dato esecuzione ai propri obblighi⁶⁹. Anche la violazione delle regole «di potere» provocherà una reazione negativa o sfavorevole da parte dell'ordinamento giuridico: così, se un contratto è stato stipulato senza che siano rispettate le norme giuridiche che stabiliscono il procedimento di formazione dell'accordo tra le parti, queste ultime non otterranno il mutamento delle rispettive posizioni giuridiche al quale ciascuna di esse aspirava (se un contratto di compravendita immobiliare non è stipulato nella forma scritta che è prescritta dalla legge a pena di nullità, ad es., il compratore non otterrà la proprietà del bene e il venditore non avrà diritto al prezzo).

Nessuna reazione negativa o sfavorevole dell'ordinamento giuridico alla violazione delle sue norme giuridiche si dimostra tuttavia di per sé sufficiente ad assicurare che esse siano effettivamente rispettate dai consociati, i quali potranno pur sempre valutare tale conseguenza giuridica come un «costo» da sopportare per il conseguimento dei loro fini egoistici. Quanto meno se un ordinamento giuridico è basato su una concezione liberale della società, la sua effettività richiede che il legislatore faccia ricorso anche a meccanismi di incentivazione del rispetto della legge da parte della generalità dei consociati. Uno di tali meccanismi è costituito dalla creazione di un senso morale di condivisione dello spirito della legge e di adesione agli obiettivi che i suoi imperativi pratici (ovvero, le regole primarie e secondarie di cui si è detto) si propongono di conseguire⁷⁰.

⁶⁹ Ciò non significa che la sanzione sia sempre comminata *ex ante* dalla stessa norma giuridica che è stata violata, la quale potrebbe non prevederla, almeno in modo esplicito (risultando così *imperfecta o minus quam perfecta*, secondo la terminologia della tradizione romanistica). In tal caso, premesso che nessuna norma giuridica può essere in realtà sprovvista di una sanzione, quest'ultima dovrà essere individuata *ex post* mediante l'applicazione di un principio (ad es., quello secondo cui *nullum crimen sine poena*). Il ruolo basilare delle sanzioni in qualsiasi teoria generale del diritto è stato messo in rilievo soprattutto da John Austin e Hans Kelsen, i quali hanno definito la legge come un sistema di ordini coercitivi assistiti da sanzioni sociali.

⁷⁰ La teoria di Austin, secondo la quale il diritto può essere definito come un sistema di ordini assistiti da una minaccia adeguata, è stato adeguatamente criticato da Hart, *op. cit.*, p.

La funzione politica dei principî del diritto è costituita appunto dalla legittimazione dell'ordinamento giuridico mediante postulati della ragione pratica che si sottraggano al mutamento contingente delle maggioranze di governo e siano pertanto indipendenti dalla volontà del potere legislativo. In tal senso, ben si può quindi parlare di neutralità dei principî del diritto.

In definitiva, una decisione giudiziale che sia pronunciata mediante l'applicazione dei principî del diritto ovvero una legge che sia emanata per proclamare la loro attuazione istituiscono un collegamento ben visibile tra le decisioni del giudice ovvero del legislatore e una razionalità oggettiva che è superiore non solo agli interessi di una parte, ma anche alla volontà di chi detiene il potere pubblico. Laddove sia previsto un efficiente sistema di conseguenze giuridiche sfavorevoli per la violazione delle norme di legge, i consociati si sentiranno più o meno costretti a non violarle, quanto meno per il timore di essere puniti. Ma laddove tali norme di legge siano collegate a principî del diritto oggettivamente razionali e politicamente neutrali, la generalità dei consociati si sentirà più facilmente obbligata in coscienza a rispettare le regole e anche a reagire sfavorevolmente nei confronti di chi le viola, disapprovando il suo comportamento e isolandolo nell'ambito della società⁷¹.

A ciò consegue fra l'altro che, mentre la modificazione o l'abrogazione di una regola costituisce un fenomeno fisiologico nella vita del diritto, il quale può essere anzi considerato come una manifestazione di efficienza e di modernità da parte del legislatore, la modificazione o l'abrogazione della norma di riconoscimento di un principio giuridico costituisce invece un evento potenzialmente traumatico, il quale non soltanto segna una qualche discontinuità nella vita del diritto, ma rimette potenzialmente in discussione la legittimità dell'ordinamento giuridico nel suo complesso.

In considerazione della natura dei principî del diritto, è pertanto improbabile che il legislatore tenti di modificare o addirittura di abrogare una norma che li riconosca, se non ovviamente quando si verifica una crisi della legittimità o della effettività dell'ordinamento giuridico (dopo una rivoluzione, una guerra, ecc.)⁷².

49 ss., mettendo in rilievo che esso non può fare a meno di una legittimazione e di un certo livello di accettazione da parte dei consociati.

⁷¹ In altri termini, il ricorso ai principî del diritto giustifica le decisioni del potere pubblico sulla base della ragionevolezza, evitando così che i consociati si debbano rassegnare a obbedire al legislatore o ai giudici come se essi costituissero un'autorità meramente tecnica e incomprensibile per l'uomo comune. Sul ruolo della ragionevolezza nella legittimazione dell'ordinamento giuridico, v. soprattutto Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. di Patti e G. Zaccaria, Napoli, 1983, p. 22 ss., recentemente ripreso da Patti, *La ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 2 ss.

⁷² Al di fuori di tali eventi estremi, è peraltro piuttosto improbabile che il legislatore

6. I principi del diritto nelle direttive e nella proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita (CESL)

Come si è già accennato⁷³, i principi del diritto europeo sono stati finora riconosciuti o almeno evocati in alcune disposizioni dei Trattati istitutivi (nonché della Carta dei diritti fondamentali) dell'Unione e nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Le direttive che sono state emanate allo scopo di creare il diritto europeo dei contratti mediante l'armonizzazione (dapprima minimale, e poi massima) degli ordinamenti giuridici nazionali non sono invece costituite da principi, ma da regole.

È vero che alcune di tali direttive sono chiaramente basate sulla buona fede (ad es., quella sulle clausole abusive dei contratti stipulati con i consumatori)⁷⁴, ovvero sulla correttezza professionale (ad es., quella sulle pratiche commerciali abusive)⁷⁵, le quali nella maggior parte degli ordinamenti giuridici nazionali costituiscono veri e propri principi del diritto. Anche al di là degli approfondimenti su quest'ultimo punto che pure sarebbero necessari⁷⁶, ciò non è tuttavia decisivo per concludere senz'altro che la buona fede e la correttezza professionale siano state riconosciute dall'Unione europea come principi del diritto⁷⁷.

avverta la necessità, o anche solo l'opportunità di modificare le norme di riconoscimento dei principi del diritto, perché la loro naturale indeterminabilità (sulla quale, v. *supra*, n. 3) fa sì che essi siano tendenzialmente conciliabili con le nuove regole che sono sempre introdotte per far fronte alle ordinarie esigenze di adeguare l'ordinamento giuridico all'evoluzione della società di riferimento. L'eventualità che i principi del diritto siano contraddetti da tali regole è pertanto piuttosto remota, tanto più quando essi sono presidiati a livello costituzionale (anche perché in tal caso la loro violazione determina l'invalidità della regola, e quindi la sua caducazione dall'ordinamento giuridico mediante un procedimento di giustizia costituzionale).

⁷³ V. *supra*, n. 4.

⁷⁴ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

⁷⁵ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («Direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

⁷⁶ V. recentemente le indicazioni di Libertini, *op. cit.*, p. 345 ss. e di Patti, *L'interpretazione delle clausole generali*, cit., p. 263 ss.

⁷⁷ Di particolare interesse al riguardo è il dibattito sulla buona fede che si è sviluppato tra Beale, *General Clauses and Specific Rules in the Principles of European Contract Law: The «Good Faith» Clause*, in *General Clauses And Standards in European Contract Law*, ed. by Grundmann and Mazeaud, cit., p. 205 ss., e Lando, *Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?*, in *European Review of Private Law*, vol. 15, 2007, p. 841 ss.

Per quanto vago e indeterminato possa essere il contenuto precettivo delle disposizioni legislative di cui si tratta, si deve anzitutto rilevare che, come si è già detto in generale⁷⁸, tale loro caratteristica non può essere considerata come decisiva e comunque sufficiente per concludere che esse prevedano veri e propri principî del diritto.

In realtà, la buona fede e la correttezza professionale non sono state finora prese in considerazione dal legislatore europeo «allo stato nascente», ma sono state consapevolmente utilizzate come strumenti normativi per il conseguimento di specifici obiettivi di politica del diritto (*policies*) deliberati dalle istituzioni dell'Unione⁷⁹. La buona fede è stata richiamata dal diritto europeo dei contratti allo scopo specifico di servire alla tutela del consumatore, così come la correttezza professionale è stata applicata come uno strumento di realizzazione del mercato interno unico su una base fortemente concorrenziale.

Si tratta pertanto di quelle regole a contenuto indeterminato che prendono il nome di clausole generali⁸⁰.

Una svolta di notevole importanza potrebbe tuttavia essere realizzata dall'approvazione della proposta di regolamento su un diritto comune europeo della vendita (CESL)⁸¹, la quale, almeno se le sue linee di fondo attuali saranno mantenute, determinerà l'ingresso di veri e propri principî nelle fonti del diritto dell'Unione europea. Seguendo una struttura gerarchica che procede dal più generale al più particolare, il CESL esordisce infatti mediante la proclamazione dei principî generali posti a suo fondamento, ossia la libertà contrattuale (articolo 1), la buona fede e correttezza (articolo 2), la collaborazione (articolo 3).

Nell'articolo 2 del CESL, la buona fede e la correttezza non sono più prese in considerazione come strumenti per conseguire determinati obiettivi

⁷⁸ V. *supra*, nn. 3 e 4.

⁷⁹ V. *supra*, n. 2.

⁸⁰ V. *supra*, n. 3.

⁸¹ Si tratta della *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita* dell'11 ottobre 2011, COM(2011) 635 def., sulla quale v. anche la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni transfrontaliere nel mercato unico* dell'11 ottobre 2011, COM(2011) 636 def. Per una disamina generale, v. Stanzione, *Il regolamento di diritto comune europeo della vendita*, in *I contratti*, 2012, p. 624 ss.; D'Amico, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione Europea in materia di armonizzazione?*, *ibidem*, p. 611 ss., nonché i numerosi saggi raccolti nel numero speciale di *Contratto e impresa/Europa*, 2012, il quale reca il titolo *Trenta giuristi europei sull'idea di codice europeo dei contratti*. Nella letteratura straniera, v. Loos, *Commercial Sales: The Common European Sales Law Compared to the Vienna Sales Convention*, in *European Review of Private Law*, 2013, vol. 21, p. 105 ss.; Looschelders, *Das allgemeine Vertragsrecht des CESL*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 212, 2012, p. 594 ss.

di politica del diritto, ma sono enunciate come veri e propri principi (generali). Ne consegue che in tale contesto normativo il loro contenuto precettivo deve essere determinato non già in base alle regole del diritto dell'Unione europea, bensì in base al diritto comune (*common core*) degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, tanto a livello nazionale, quanto a quello internazionale⁸².

Ancora più importante è che, secondo quanto prevede il suo articolo 4, paragrafo 1, il CESL debba «*essere interpretato in modo autonomo e conformemente agli obiettivi e ai principi che lo ispirano*». Movendo dall'impostazione concettuale che è stata fin qui delineata⁸³, il significato di questo rinvio ai principi ispiratori del CESL deve essere inteso nel senso che, in caso di incertezza sul significato delle sue disposizioni, esse debbano essere interpretate in conformità al diritto comune (*common core*) degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, tanto a livello nazionale, quanto a quello internazionale, perché è tale nucleo comune che identifica i principi del diritto europeo dei contratti.

A questa lettura dell'articolo 4, paragrafo 1, della CESL è stato obiettato che, secondo quanto è precisato dal paragrafo seguente, le sue disposizioni devono essere interpretate «*in base agli obiettivi e ai principi che lo ispirano e a tutte le sue disposizioni, senza ricorrere alla legge nazionale che sarebbe applicabile qualora non ne fosse stata concordata l'applicazione, né a qualunque altra legge*»⁸⁴. L'obiezione non può essere tuttavia considerata pertinente, perché la disposizione del CESL su cui è basata (ossia, l'art. 4, paragrafo 2) non può escludere che tale strumento normativo sia interpretato secondo i principi del diritto europeo (ossia, il *common core* degli ordinamenti giuridici degli Stati membri)⁸⁵.

In primo luogo, tale nucleo comune non è una «legge nazionale», perché, appartenendo al diritto che è comune agli Stati membri, non è posto da alcun potere legislativo, né può essere formalmente considerato come vigente in alcun ordinamento giuridico nazionale. Esso costituisce piuttosto una componente del diritto europeo a livello dei suoi principi.

Per una ragione strettamente connessa a quella appena esposta, non si può neppure ritenere che tale nucleo comune «sarebbe applicabile [al contratto] qualora non ne fosse stata concordata l'applicazione», proprio perché non si tratta di legge nazionale o comunque di diritto positivo. Non essendo

⁸² V. *supra*, n. 1.

⁸³ V. soprattutto *supra*, n. 4.

⁸⁴ L'obiezione è stata sollevata dal Prof. Simon Whittaker dell'Università di Oxford durante la conferenza SECOLA di Messina, dove gli autori del presente saggio ne hanno presentato e discusso una prima versione.

⁸⁵ Per la prospettiva opposta, cfr. Heidemann, *European Private Law at the Crossroads: The Proposed European Sales Law*, in *European Review of Private Law*, vol. 20, 2012, p. 1128 ss.

regole poste da un legislatore nazionale (né tanto meno da quello dell'Unione), i principî del diritto europeo non disciplinano direttamente il contratto, tanto più che l'applicazione del CESL è subordinata a un apposito accordo tra le parti (art. 8, paragrafo 1, della proposta di regolamento)⁸⁶.

Se la proposta di regolamento sul CESL sarà approvata senza che, per quanto qui rileva, il suo testo subisca modificazioni essenziali, il diritto europeo dei contratti riconoscerà finalmente la centralità dei principî al di là delle regole e anche la necessità che la sua struttura normativa diventi più complessa al fine di bilanciare l'applicazione degli uni e delle altre all'interno dello stesso ordinamento giuridico.

Tale cambiamento del diritto europeo si rende tanto più necessario, quanto più esso si spinge al di là degli stretti confini delle linee di politica del diritto che sono state fin qui perseguite dalle istituzioni dell'Unione europea, e principalmente la tutela della libertà di scelta dei consumatori e l'instaurazione di un mercato interno unico basato su una forte concorrenza tra i professionisti. Quando l'Unione europea si avventurerà nel mare aperto del diritto privato generale (partendo dalla disciplina generale del contratto), l'invocazione dei suoi principî, e quindi del diritto comune degli Stati membri, diventerà una evidente necessità, come del resto è già emerso nel DCFR (il quale, nonostante le affermazioni opposte da parte di alcuni dei suoi stessi redattori, non è caso è stato creato e sviluppato come il prototipo di un futuro codice civile europeo).

7. (segue): nei Principî di diritto europeo dei contratti (PECL)

Movendo dal quadro concettuale che si è tentato di delineare⁸⁷, si deve ritenere che i *Principî del diritto europeo dei contratti* (PECL), così come i *Principî UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali* (PICC), debbano essere presi sul serio quando si autoqualificano come principî⁸⁸.

⁸⁶ Si pone pertanto il problema del rapporto tra il CESL e la disciplina della libertà di scelta della legge applicabile al contratto che è dettata dal regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 (Roma I); v. Meli, *Proposta di regolamento – diritto comune europeo della vendita*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 200 ss.; Heselink, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, in *European Review of Private Law*, 2012, vol. 20, p. 195 ss.; Sirena, *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, in *I contratti*, 2012, p. 634 ss.

⁸⁷ V. *supra*, n. 4.

⁸⁸ Considerazioni simili valgono anche per i *Restatements* suggeriti dall'American Law

Entrambe le raccolte di *soft law* non dettano una vera e propria definizione dei principi, ma in qualche modo la sottintendono implicitamente.

Secondo il loro art. 1:101(1), i PECL sono infatti «*intesi per essere applicati come regole generali di diritto contrattuale nell'Unione europea*». Il preambolo dei PICC, intitolato *Scopo dei principi*, afferma a sua volta che essi «*espongono regole generali per i contratti commerciali internazionali*» (in corsivo anche nell'originale)⁸⁹.

Nonostante tali esplicite affermazioni, è piuttosto evidente che nella loro maggior parte tanto i PECL, quanto i PICC hanno in realtà un contenuto precettivo che è assai puntuale e specifico⁹⁰. Essi sono generali soltanto nel senso che sono applicabili a qualsiasi contratto indipendentemente dal suo tipo (di vendita, di locazione, ecc.): si tratta pertanto della tradizionale dialettica tra la disciplina del contratto in generale e quella speciale dei singoli tipi contrattuali, la quale si ritrova in molti ordinamenti giuridici nazionali (e in definitiva anche in quello europeo)⁹¹.

Secondo quanto si è già esposto⁹², tuttavia, la suddetta generalità dei PECL e dei PICC non è di per sé sufficiente a far sì che siano qualificati come principi. A tal fine, è piuttosto decisivo il fatto che essi sono stati redatti mediante il consolidamento scritto del nucleo comune delle tradizioni giuridiche nazionali in materia di contratto (PECL) e della c.d. *lex mercatoria*, ossia l'insieme delle consuetudini giuridiche che si sono affermate nel commercio internazionale (PICC).

In altre parole, sia i PECL che i PICC sono finalizzati a mettere per iscritto un *ius commune* (*europaeum*, o anche più vasto dal punto di vista geopolitico) che si pone al di là del potere legislativo di uno Stato nazionale e anche dell'Unione europea. Come si è già rilevato⁹³, affinché tale *ius commune* sia direttamente applicabile dai giudici nazionali o da quelli europei come una vera e propria disciplina del contratto, occorrerà pur sempre che un'apposita norma «di riconoscimento» sia preveduta dal diritto nazionale ovvero, rispettivamente, da quello europeo, o, quanto meno, che ciò sia voluto dalle parti contraenti. Ma anche in tal caso si tratterà pur sempre di una realtà

Institute, per i quali v. Frank, *The American Law Institute 1923-1938*, in *Hofstra Law Review*, vol. 26, 1998, p. 615 ss.

⁸⁹ Per un commento aggiornato sui PICC, v. Heutger, *The UNIDROIT Principles 2010: Towards a «Global» Law of International Commercial Contract (17-18 February 2012)*, in *European Review of Private Law*, vol. 20, 2012, p. 889 ss.; Alpa, *I principi generali*, cit., p. 186 ss.

⁹⁰ Metzger, *op. cit.*, p. 18.

⁹¹ A tale proposito, v. i saggi raccolti in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, Milano, 2007.

⁹² V. *supra*, n. 3.

⁹³ V. *supra*, n. 5.

normativa preesistente rispetto a quella di uno Stato in quanto tale ovvero dell'Unione e nel suo contenuto autonomo dalla volontà di chi esercita il potere legislativo ovvero quello giudiziario⁹⁴.

In ogni caso, i principî del diritto comune europeo costituiscono i principî del diritto dell'Unione europea e in quanto tali essi sono già immediatamente e direttamente applicabili dalla Corte di giustizia⁹⁵, svolgendo così quelle funzioni di interpretazione, di integrazione e di correzione che sono state già esaminate da un punto di vista generale⁹⁶.

8. (segue): nel *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*

Considerazioni per molti aspetti analoghe valgono per il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), il quale è espressamente concepito come un *corpus* di «*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*»⁹⁷.

Dichiarando di fare propria la definizione dei «principî» che è contenuta nei PECL e nei PICC⁹⁸, l'introduzione al DCFR afferma che tale termine sarebbe stato utilizzato per indicare «*rules which do not have the force of law*»⁹⁹.

Anche senza voler mettere in discussione i limiti entro i quali tale definizione sia effettivamente corrispondente a quella contenuta nei PECL e nei PICC¹⁰⁰, è indubbio che essa non sia particolarmente felice, proprio perché definisce il concetto dei principî mediante quello delle regole.

⁹⁴ Diversamente dovrebbe invece dirsi nel caso in cui il contenuto precettivo del *ius commune europaeum* sia materialmente riprodotto nelle norme giuridiche del diritto nazionale ovvero di quello europeo.

⁹⁵ Nonostante lo scetticismo di parte della dottrina (v. in particolare Gentili, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di Sirena, Milano, 2006, p. 94 ss., spec. p. 97 ss.), il diritto comune europeo è pertanto dotato di una propria autonoma giuridicità, non soltanto dal punto di vista della libertà di scelta delle parti contraenti; a tale proposito, v. Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, trad. it. di Sirena, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 365 ss., spec. p. 374 ss. e già Id., *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte*, Berlin, 1999, p. 1 ss.

⁹⁶ V. *supra*, n. 1.

⁹⁷ V. i commenti raccolti nel fascicolo 3 della *European Review of Contract Law*, vol. 4, 2008, e specialmente il saggio introduttivo di Grundmann, *The Structure of the DCFR – Which Approach for Today's Contract Law?*, *ibidem*, p. 225 ss. V. anche Breccia, *Principles, Definitions and Model Rules nel «Comune quadro di riferimento europeo»* (Draft Common Frame of Reference), in *I contratti*, 2010, p. 95 ss., nonché i saggi raccolti in *Draft Common Frame of Reference (DCFR), What for?*, a cura di Alpa e Iudica, Milano, 2013.

⁹⁸ V. *supra*, n. 7.

⁹⁹ DCFR, cit., p. 9.

¹⁰⁰ V. *supra*, n. 7.

Al di là della eventuale confusione che ne può conseguire, quanto meno sul piano terminologico, resta peraltro fermo che, secondo l'impostazione concettuale che è stata fin qui delineata¹⁰¹, il DCFR è costituito da principi del diritto comune europeo.

L'introduzione dei «principi portanti» (*underlying principles*) nel DCFR, della quale si è già brevemente detto¹⁰², ha peraltro posto l'esigenza di introdurre una distinzione specifica tra i (pochi) principi che sono «portanti», perché forniscono all'intero *corpus* una struttura unitaria, e quelli che hanno invece una rilevanza strutturale inferiore e pertanto una minore importanza.

9. L'individuazione dei principi del diritto europeo mediante la comparazione critica tra gli ordinamenti giuridici nazionali (il criterio del *minimum maximorum*)

La dialettica tra i principi e le regole nel diritto europeo dei contratti può essere infine esaminata dal punto di vista del bilanciamento tra il potere dei legislatori nazionali e quello del legislatore sovranazionale¹⁰³, ma anche tra il potere legislativo e quello giurisdizionale¹⁰⁴. In considerazione della notevole complessità di tali questioni, in questa sede esse potranno essere peraltro trattate soltanto superficialmente.

Come si è già accennato¹⁰⁵, mediante il riconoscimento dei principi del diritto il legislatore europeo promuove l'unità giuridica tra gli Stati membri riconoscendo il loro nucleo comune (*common core*) e al contempo incentivando la competizione tra i loro ordinamenti nazionali¹⁰⁶.

¹⁰¹ V. *supra*, n. 4.

¹⁰² V. *supra*, n. 1.

¹⁰³ Storme, *The Foundations of Private Law in a Multilevel Structure: Balancing, Distribution of Lawmaking Power, and Other Constitutional Issues*, in *European Review of Private Law*, vol. 20, 2012, p. 237 ss.; Lenaerts e Gutiérrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, p. 1629 ss.

¹⁰⁴ Grundmann, *The General Clause or Standard in EC Contract Law Directives – A Survey on Some Important Legal Measures and Aspects in EC Law, General Clauses And Standards in European Contract Law*, ed. by Grundmann and Mazeaud, cit., p. 154 ss.; Edward, *Shifting Power from Legislation to Judges and from the Central Level to the National Level*, in *General Clauses And Standards in European Contract Law*, ed. by Grundmann and Mazeaud, cit., p. 79 ss.; Grundmann e Kerber, *European System of Contract Laws: A Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-making*, in *An Academic Green Paper on European Contract Law*, ed. by Grundmann and Stuyck, The Hague, 2003, p. 295 ss.

¹⁰⁵ V. *supra*, n. 4.

¹⁰⁶ Sul tema, v. i saggi raccolti in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di Zoppini, Roma-Bari, 2004 e in *La competizione tra ordinamenti giuridici*, a cura di Plaia, Milano, 2007.

Al fine di conseguire gli obiettivi istituzionali dell'Unione europea, si deve rilevare che il nucleo comune (*common core*) degli ordinamenti giuridici degli Stati membri non deve essere individuato mediante il riconoscimento statico e passivo di ciò che essi evidentemente già condividono. Tale metodo condurrebbe infatti alla minor convergenza possibile tra gli Stati membri, secondo la logica del *minimum minimorum*.

Al contrario, l'obiettivo di promuovere l'unità giuridica mediante il diritto dell'Unione europea implica che la convergenza possibile degli Stati membri sia massimizzata, applicando la logica del *minimum maximorum*. In altre parole, nel nucleo dei principi del diritto europeo è necessario ricomprendere anche le convergenze implicite e potenziali degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, ponendo come solo limite invalicabile quello delle «*differenze non trascurabili*» che è stato individuato dalla Corte di giustizia nel caso *Hoechst*¹⁰⁷.

Secondo il principio di sussidiarietà (articolo 5 del Trattato sull'Unione europea), il modo generalmente migliore per evitare il rischio che le differenze giuridiche nazionali create da secoli di positivismo giuridico rappresentino un ostacolo al benessere sociale ed economico dell'Europa è costituito dall'applicazione del diritto comune europeo, ossia del nucleo comune (*common core*) degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, sia a livello nazionale, che a livello internazionale. In tal modo, si opta infatti per soluzioni normative che sono (e sono state per secoli) assoggettate alla critica razionale della dottrina e alla pressione del mercato, ossia ai due principali fattori che spingono sempre gli ordinamenti giuridici alla ricerca di una «regolazione migliore»¹⁰⁸.

Resta peraltro fermo che un diritto dell'Unione europea che fosse costituito soltanto da principi non sarebbe possibile, né auspicabile.

Il ricorso ai principi del diritto determina infatti un trasferimento di potere dai legislatori ai giudici, ossia, in altre parole, comprime il potere legislativo a favore di quello giurisdizionale¹⁰⁹. Secondo la struttura costituzionale del moderno Stato di diritto, nel lungo periodo tale trasferimento di potere,

¹⁰⁷ C-46/87 *Hoechst AG* contro *Commissione delle comunità europee*, in *Racc.*, 1989, p. 2859 ss., spec. p. 2924. A tale proposito, v. Herdegen, *The Origins and Development of the General Principles of Community Law*, in *General Principles of European Community Law*, ed. by Bernitz and Nergelius, cit., p. 17 s.

¹⁰⁸ Particolarmente illuminante è Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*⁶, Tübingen, 1990, p. 245 ss.

¹⁰⁹ Un punto di riferimento a tale proposito è rappresentato dal famoso dibattito tra Hans Kelsen e Carl Schmitt sulla natura della giustizia costituzionale; per un breve resoconto, v. Pinelli, *The Kelsen/Schmitt Controversy and the Evolving Relations between Constitutional and Internal Law*, in *Ratio iuris*, 23, 2010, p. 493.

se è eccessivo, non può non creare un *deficit* democratico, perché i giudici non hanno alcuna rappresentatività politica, né sono espressione della sovranità popolare¹¹⁰.

In tal caso, può essere inoltre compromessa l'efficienza del potere legislativo, perché al loro massimo livello costituzionale i principi costituiscono veri e propri limiti al suo esercizio, i quali non possono essere facilmente modificati, se non a costo di mettere in crisi la legittimazione dell'ordinamento giuridico¹¹¹.

In ogni caso, il coordinamento tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e l'incentivazione della loro concorrenza non sempre sono sufficienti a massimizzare il benessere sociale ed economico dell'Europa, perché tale modello di regolazione è subottimale in tutti i contesti nei quali l'esercizio delle libertà fondamentali è compromesso dal fallimento del mercato¹¹².

In tali contesti, i quali devono essere rigorosamente individuati sulla base del principio di sussidiarietà, il diritto dell'Unione deve esser costituito da regole, che impongono agli Stati membri e anche ai privati il perseguimento delle linee di politica del diritto stabilite nella costituzione economica europea. Ma, come è stato spiegato più volte dagli studiosi dell'integrazione europea da un punto di vista economico, anche la creazione del diritto europeo mediante l'imposizione di regole finalizzate a una selettiva «denazionalizzazione» degli ordinamenti giuridici degli Stati membri ha il suo controlimite, il quale è costituito dal rischio di un fallimento del regolatore pubblico¹¹³.

A differenza delle nucleo comune (*common core*) degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, le regole «imposte» dall'Unione non sono sottoposte in misura significativa alla critica razionale della dottrina giuridica, la quale ha per lo più conservato una dimensione nazionale. Tali regole non sono neppure assoggettate a una pressione del mercato sufficiente a ottimizzarle, perché il potere legislativo mediante il quale sono emanate è troppo lontano dagli attori del mercato per essere davvero condizionato dalle loro

¹¹⁰ Smits, *European Private Law and Democracy: A Misunderstood Relationship, Essays in the Law and Economics of Regulation in Honour of Anthony Ogus*, ed. by Faure and Stephen, Antwerp-Oxford, 2008, p. 49. Cfr. anche la tesi di Bartl presso lo European University Institute, intitolata *Legitimacy and European Private Law* e reperibile al seguente indirizzo elettronico: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2142798.

¹¹¹ V. *supra*, n. 5.

¹¹² Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, cit., p. 365 ss.

¹¹³ Fondamentali da questo punto di vista sono i noti studi di James Buchanan sulla scelta pubblica. In particolare, v. Buchanan e Tullock, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Indianapolis, 1999; Buchanan, *The Limits of Liberty. Between Anarchy and the Leviathan*, Chicago, 1993; Id., *Liberty, Market and State*, New York, 1986.

scelte e le istituzioni che lo esercitano sono anche politicamente irresponsabili dal punto di vista del consenso popolare.

Sulla base di tali considerazioni, si deve rilevare che il principio di sussidiarietà ha non solo la funzione di difendere gli Stati membri da una incontrollata perdita di sovranità nazionale a favore dell'Unione europea, ma anche, e forse soprattutto, quella di regolare il miglior livello di regolazione, statuendo implicitamente l'opzione preferenziale per un diritto europeo che sia costituito dai principi del diritto comune, ma individuando anche il «punto di rottura» oltre il quale il diritto comune non è invece sufficiente e occorre allora che l'Unione imponga mediante le sue regole una «denazionalizzazione» degli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Yehuda Adar
Faculty of Law
University of Haifa
Mount Carmel
Haifa 31905 Israel
yadar.law@gmail.com

Pietro Sirena
Dipartimento di Scienze politiche e internazionali
Università degli Studi di Siena
Via P.A. Mattioli 10
53100 Siena
pietro.sirena@unisi.it