

ALBERTO SPINOSA

IL NOVECENTO DEI PRINCIPI

Estratto dal volume

QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA

DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

52 (2023)

Isbn 9788828857648

ALBERTO SPINOSA

IL NOVECENTO DEI PRINCIPI

«L'affidamento ai principii è l'insegna del nostro tempo».

Paolo Grossi (2017)

1. I principi come 'tema rivelatore'. — 2. I guardiani della continuità: il ruolo dei principi nell'orizzonte giuridico ottocentesco. — 3. La novità del Novecento: dai principi 'generalisti' ai principi 'informativi'. Indicazioni per un futuro programma di ricerca.

1. *I principi come 'tema rivelatore'.*

Il passaggio di testimone dalla *legge* ai *principi* segna per Grossi una delle principali linee di tendenza e insieme una delle più importanti chiavi di decodifica di quel lungo periodo di transizione che è il Novecento giuridico ⁽¹⁾. Se la modernità aveva puntato tutto sulla rigidità e l'astrattezza della 'norma', per il mondo giuridico « pos-moderno » si rivela al contrario sempre più congeniale affidarsi alle prestazioni di uno strumento più duttile ed elastico, maggiormente capace di corrispondere alla crescente complessità

⁽¹⁾ Dei numerosi interventi dedicati da Grossi al tema dei principi, cfr. in particolare P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto* (2014), in ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, pp. 51-95 e ID., *Sul diritto europeo come diritto giurisprudenziale* (2013); *Dalle 'clausole' ai 'principii': a proposito della interpretazione nel tempo pos-moderno* (2017); *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno* (2018), ora tutti in ID., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020, rispettivamente pp. 37-62, 63-77 e 79-98. Sul Novecento come tempo della transizione 'pos-moderna' — ormai un imprescindibile strumento interpretativo per l'odierno storico del diritto —, basti qui rinviare a P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna* (2008) in ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, pp. 3-18 e ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

della società contemporanea, lo strumento appunto dei ‘principi’. Questo il messaggio che emerge potente dall’esperienza costituzionale novecentesca e dal cuore del laboratorio giuridico europeo: « oltre le norme valgono i principii » (2). Il passaggio non va sottovalutato. Non si tratta infatti per Grossi di un avvicendamento congiunturale tra fonti giuridiche di rango differente ma di identica struttura e funzione, bensì del segno di un cambiamento ‘epocale’ che impone nuove orientazioni teoriche e che implica una vera e propria « inversione di valori » (3) rispetto al passato. I vizi si trasformano in virtù e, specularmente, le virtù in vizi. All’ideale illuministico e giuspositivistico di certezza e prevedibilità — l’altare sul quale la modernità aveva sacrificato di buon grado l’assetto pluralistico di antico regime — fa riscontro la convinzione che nel quadro di un’accentuata « fattualità » del diritto contemporaneo (4) la congenita indeterminatezza e plasticità dei principi dischiuda potenzialità regolatorie ben superiori a quelle che può offrire la più definita e granitica legge.

Ma cosa sono di preciso i principi? Sono norme (una speciale categoria di norme) o semplici direttive etico-politiche? E ammesso il loro carattere giuridico/normativo, cosa distingue ad esempio un principio da una ‘regola’? E ancora: il ricorso argomentativo ai principi ha una sua specifica autonomia, oppure, se non si identifica *tout court* con il procedimento analogico, può essere liquidato come uno « schema vuoto » (5) in quanto utile a servire le operazioni ideologiche più disparate (con l’aggravante — nel caso dei c.d. principi ‘generalì’ — della copertura formale della legge)? Grossi si tiene intenzionalmente a distanza di sicurezza da molte delle domande che hanno animato il dibattito teorico-giuridico degli ultimi

(2) Cfr. GROSSI, *Sul diritto europeo come diritto giurisprudenziale*, cit. p. 57.

(3) Cfr. GROSSI, *Dalle ‘clausole’ ai ‘principii’*, cit., p. 67.

(4) P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto* (2013), in ID., *Ritorno al diritto*, cit., pp. 33-50.

(5) Cfr. G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 385, che sottolineava anche lo scarsissimo impiego nell’ambito della prassi giurisprudenziale: « Tanto che potrebbe dirsi — chiosava — che i ‘principi generali’ ed il relativo argomento, tanto apprezzati sulla carta, non sono stati nella pratica utilizzati affatto ».

decenni ⁽⁶⁾, preferendo concentrare la sua attenzione su due profili tematici che solo in via mediata finiscono per dar loro una risposta: il primo attiene al rilievo ermeneutico dei principi; il secondo riguarda invece il nesso stringente tra valori, principi e diritti fondamentali.

Sotto il primo profilo, si sottolinea la corrispondenza biunivoca tra l'incremento ponderale del diritto 'per principi' e la crescente centralità del momento interpretativo nel corso del Novecento ⁽⁷⁾. Il perché è facile a comprendersi. Da un lato, lo sviluppo parallelo dei due fenomeni si lega alla peculiare indefinitezza dei principi, i quali reclamerebbero per ciò stesso un diverso e ben più incisivo trattamento ermeneutico rispetto alla legge. In questo senso sono i principi — ed in particolare i principi costituzionali — a contribuire all'ampliamento del tradizionale raggio d'azione dell'attività interpretativa nella misura in cui richiedono all'interprete, non tanto uno sforzo esplicativo/applicativo (quale in ipotesi è preteso

⁽⁶⁾ Almeno a far data dalla distinzione tra 'principi', 'regole' e 'policies' posta alla base dell'influente opera di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 2010². Ovviamente il dibattito è sterminato ed eccede sia teoricamente che cronologicamente la proposta dworkiniana. Per un primo orientamento, con particolare riguardo al dibattito italiano intorno alla nozione di 'principi generali', cfr. N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in « Novissimo digesto italiano », Torino, 1966, pp. 887-96; M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in « Sociologia del diritto » 10 (1983), pp. 7-33; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, pp. 494-533; R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in « Diritto e società », 1 (1986), pp. 601-24 e Id., *Principi di diritto*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, vol. XIV, Torino, 1996, pp. 341-55; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1991, pp. 1-24; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992; G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1993, pp. XII-464 e *I principi generali*, in *Digesto (Discipline privatistiche-Sezione civile)*, Torino, UTET, 1996, XIV, pp. 355-69; Atti dei Convegni Lincei, *I principi generali del diritto* (Roma, 27-29 maggio 1991), Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1993; *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza (Roma, 14-15 novembre 2014), Napoli, Jovene, 2015.

⁽⁷⁾ Abbiamo cercato di mettere a fuoco alcuni aspetti della riflessione grossiana in tema di interpretazione giuridica in A. SPINOSA, *L'interpretazione come missione. Il ruolo dell'interprete nella riflessione di Paolo Grossi*, in « Revista do Instituto Brasileiro de História do direito (UFPR) », 3 (2022), 5, pp. 40-52.

dalla secca logica ‘binaria’ della norma legislativa (8)), bensì un’attività essenzialmente « valutativa » (9), la sola in grado di sorprendere e contestualizzare il principio nel vivo dell’esperienza. Dall’altro lato, è vera però anche la relazione inversa. Se i principi chiamano l’intervento attivo dell’interprete, è altresì il momento dell’interpretazione a diventare esso stesso, circolarmente, il luogo privilegiato attraverso il quale ogni principio giuridico può dispiegare tutte le sue indefinite potenzialità ordinanti (10).

Del macro-capitolo dei principi Grossi valorizza, in secondo luogo, il tema della loro ‘estrazione’ e, collegato a questo, della loro funzione. Viene enfatizzato così, per un verso, il radicamento etico-valoriale dei principi, la loro scaturigine, cioè da quegli strati profondi del ‘reale’ dove allignano i valori portanti di una civiltà. I principi (e segnatamente i principi costituzionali) non promanano come escrescenze dal piano superficiale delle norme di diritto positivo, né calano dall’alto sulla società come opzioni fondamentali di indirizzo politico. Rovesciando una nota definizione bettiana, si potrebbe dire che i principi si contraddistinguono, secondo Grossi, per una « eccedenza di contenuto *ontologico* » (11) rispetto alle norme. Non appartengono al regno del ‘dover-essere’. Non si scelgono, ma semmai si cercano e si trovano attraverso un’opera di lettura spassionata delle nervature riposte dell’esperienza (12). Per

(8) Alludiamo qui alla tesi dworkiniana secondo la quale il primo criterio distintivo tra principi e regole è che le regole seguono la logica del « tutto o niente », mentre i principi non fissano le condizioni necessarie per la loro applicazione, ma si limitano ad indicare « una ragione che punta in una certa direzione » lasciando all’interprete il compito di decidere — se così di può dire — quanta strada percorrere. Cfr. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 51-3.

(9) Così ancora GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, cit., p. 81.

(10) Si è parlato al riguardo di « capacità illimitatamente normogenetica » dei principi. Cfr. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, cit., p. 4.

(11) Opposta su questo specifico punto la tesi di Betti, secondo il quale i principi si distinguono dalle norme in quanto « orientamenti e ideali di politica legislativa » aventi valore di « criteri direttivi per l’interpretazione e di criteri programmatici per il progresso della legislazione » e come tali caratterizzati da « una eccedenza di contenuto *deontologico* ». Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), Milano, Giuffrè, 1971², pp. 205-9.

(12) Per lo svolgimento disteso di questo punto di vista cfr. i saggi contenuti in GROSSI, *L’invenzione del diritto*, cit.

altro verso Grossi invita a cogliere i principi nella loro funzione e dimensione dinamica, oltre che statica. Certo, il loro ancoraggio materiale ai valori giova a conferire ai principi anzitutto un ruolo 'fondativo' dell'ordine giuridico. Tuttavia, proprio in quanto assiologicamente orientati, essi diventano storicamente anche il veicolo di un processo incrementale di riconoscimento dei diritti fondamentali della persona, del quale è ancora la giurisprudenza il più attivo promotore. Dai valori, ai principi, ai diritti: la civiltà giuridica 'pos-moderna' trova per Grossi in questo nesso virtuoso il suo binario di svolgimento privilegiato.

È possibile, dunque, isolare una specifica dottrina 'grossiana' in tema di principi? Quali suggestioni potremmo ricavarne? Come verrebbe a collocarsi nella geografia del dibattito teorico-giuridico contemporaneo? Sono sufficienti queste pur rapidissime note introduttive per comprendere che materiali utili a sviluppare il discorso in questa direzione non mancherebbero affatto. Non è tuttavia su questo terreno che intendiamo procedere. Ciò che al contrario vorremmo tentare in questa sede è raccogliere di quelle pagine il sottostante (implicito ed esplicito) suggerimento metodologico. Lo stimolo cioè a guardare 'attraverso' i principi, a coglierne la insopprimibile storicità; l'invito, insomma, ad adoperarli come strumento di verifica, a rintracciare oltre la riflessione culturalmente e teoricamente mediata sui principi i segni delle soggiacenti e 'carnalissime' dinamiche storico-sociali ⁽¹³⁾.

I principi — scrive Grossi in questa prospettiva — sono il « segno eloquente di ogni tempo di transizione » ⁽¹⁴⁾. Altrove, analizzando le 'Parti generali' della manualistica e della trattatistica italiana di primo Novecento, Grossi aveva incluso il dibattito attorno al ruolo e alla portata dei principi tra i « temi rivelatori » su cui

⁽¹³⁾ Per una prospettiva storica, cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile 1942 (un problema costituzionale?)*, in « Foro italiano », 1969, V, pp. 112-32; A. SCIUMÈ, *I principî generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, Giappichelli, 2002; A. JANNARELLI, *I principî nel diritto privato tra dogmatica, storia e post-moderno*, in « Roma e America. Diritto romano comune », 34 (2013), pp. 113-207 e *Dall'età delle regole all'età dei principî ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in « Giustizia civile », 4 (2014), pp. 991-1060.

⁽¹⁴⁾ Cfr. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, cit., p. 92.

saggiare la tenuta dell'ideario giuspositivistico ottocentesco ⁽¹⁵⁾. E poco importa se, alla fine, proprio i principi si rivelavano in quel frangente il luogo teorico della più strenua resistenza al mutamento, la sede delle « saldezze » più che delle « incrinature », il terreno sul quale ogni timida apertura verso il nuovo veniva sistematicamente a richiudersi ⁽¹⁶⁾. Anche queste forme di vischiosità culturale, infatti, sono a loro modo significative. Invitano a sottoporre a verifica le grandi periodizzazioni del tempo storico e ci rammentano che i processi di trasformazione non sono mai netti come un taglio di bisturi.

È dunque a partire da queste implicite cronologie ed esplicite indicazioni di metodo che proveremo a tornare su quel complesso crinale storico che è per l'Italia (ma non solo) il passaggio tra Otto e Novecento, andando alla ricerca di quegli elementi di novità rispetto ai quali i trattati civilistici di inizio secolo risultavano ancora tenacemente impermeabili. Che il 'nuovo' sia da cercare da qualche parte all'interno del secolo 'lungo' rimane pressoché indubbio. Ma dove collocare di preciso il momento di svolta? Bisognerà attendere il varo della Costituzione repubblicana oppure, in qualche misura, lo scarto è osservabile già in un momento precedente? Negli appunti che seguono tenteremo di tracciare le coordinate di un possibile bersaglio storiografico.

2. *I guardiani della continuità: il ruolo dei principi nell'orizzonte giuridico ottocentesco.*

« *Nous voulons substituer dans notre pays la morale à l'égoïsme, la probité à l'honneur, les principes aux usages [...]* » ⁽¹⁷⁾. Nelle parole dell'*Incorruptible*, la modernità sembra scommettere sulla capacità dei principi di guidare 'in un fiat' l'opera di ricostruzione del mondo

⁽¹⁵⁾ Cfr. P. GROSSI, *Itinerari dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature nelle « parti generali » di Chironi, Coviello e Ferrara*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 383-441.

⁽¹⁶⁾ V. *infra* § 2.

⁽¹⁷⁾ Cfr. M. ROBESPIERRE, *Sui principi di morale politica che devono guidare la Convenzione nazionale nell'amministrazione interna della Repubblica*, discorso pronunciato il 18 piovoso, anno II (5 febbraio 1794), in U. CERRONI, *La rivoluzione giacobina*, Roma, Editori Riuniti, 1984, p. 160.

giuridico post-rivoluzionario. Il nuovo ordine si sarebbe edificato, non già sulla piattaforma disordinata e alluvionale delle consuetudini, bensì alla luce di un progetto, in forza cioè di una ben precisa « ortodossia » politica capace di irradiare con le sue determinazioni di principio una società ormai espropriata di ogni autonoma espressione giuridica ⁽¹⁸⁾.

Di lì a poco, in realtà, sarebbe stato proprio uno dei frutti maturi della rivoluzione — il Codice — a relegare i principi ai margini più periferici del panorama delle fonti giuridiche ottocentesche ⁽¹⁹⁾. Sono i più alti *standard* di certezza e prevedibilità che la codificazione moderna promette di realizzare a pretendere il sacrificio simultaneo delle due possibili alternative teoriche, considerate da ottica borghese egualmente pericolose: il diritto per ‘principi’ e il diritto per ‘casi’ (più spesso due facce della stessa medaglia ⁽²⁰⁾), alle quali si preferisce di gran lunga l’ordinaria stabilità della norma generale e astratta. Invocati a svolgere un secolare processo di semplificazione e razionalizzazione del quadro normativo di *ancien*

⁽¹⁸⁾ « Lo Stato giacobino — scrive Grossi — non è né anònimo né neutrale; anzi, quale fonte di incivilimento e di progresso, è portatore di principii, è difensore di una determinata ortodossia, non può non tendere alla proclamazione di verità indiscutibili e, quindi, di regole assolute; non può non proporsi [...] quale efficacissimo laboratorio mitologico, fucina di conclusioni che vanno credute e non criticamente vagliate ». Cfr. P. GROSSI, *Le molte vite del giacobinismo giuridico. Ovvero la ‘carta di Nizza’, il progetto di ‘Costituzione europea’ e le insoddisfazioni di uno storico del diritto* (2003), in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007³, p. 135.

⁽¹⁹⁾ Condivisibili le parole di Iannarelli: « con la codificazione rivoluzionaria, la ‘missione’ affidata dalla dottrina civilistica ai principî, al fine di mettere a punto le regole ed assicurare una loro coerente organizzazione nel *Corp du Droit*, appare ormai portata a termine e non vi è ragione che in tale veste essi siano presenti formalmente nel nuovo diritto scritto ». Cfr. A. IANNARELLI, *I principi nell’elaborazione del diritto privato moderno*, in *I principi nell’esperienza giuridica*, cit., p. 66.

⁽²⁰⁾ Non è affatto casuale, infatti, che all’odierna valorizzazione dei ‘principi’ si accompagni una rinnovata sollecitazione a ripensare l’ordine dal basso, a partire dalle esigenze definitive del caso concreto. In questa prospettiva cfr. J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019 e E. CHITI, A. di MARTINO, G. PALOMBELLA, *L’era dell’interlegalità*, Bologna, il Mulino, 2021. Per un inquadramento filosofico, cfr. T. GAZZOLO, *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, Torino, Giappichelli, 2018.

régime ⁽²¹⁾, i principi possono insomma essere messi da parte a semplificazione avvenuta, in modo da arrecare il minor disturbo possibile al governo della legge. E non è un caso, infatti, se già con Portalis — non proprio il più intransigente giuspositivista tra i legislatori — i principi possono essere estromessi dal cerchio della giuridicità e, almeno finché la legge non li abbia fatti propri trasformandoli in regole, equiparati a semplici *raisonnements* o tesi filosofiche ⁽²²⁾.

È un dato difficilmente smentibile che l'Età dei codici abbia nutrito nei confronti dei principi una generale diffidenza ⁽²³⁾. E questo è vero tanto nel caso in cui il riferimento esplicito ai *principes* sostanzialmente manca ⁽²⁴⁾, quanto nel caso opposto in cui invece il testo includa espressamente il ricorso ai « *natürlichen Rechtsgrundsätzen* » o ai « principi generali di diritto » nella propria trama normativa ⁽²⁵⁾. Se il termine di comparazione è l'odierna

⁽²¹⁾ Cfr. V. PIANO MORTARI, *I principi generali del diritto dal giusnaturalismo dei secoli XVII e XVIII alle prime codificazioni*, in *I principi generali del diritto*, cit., pp. 135-60 e IANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno*, cit., p. 39 e ss.

⁽²²⁾ « Avant la sanction publique, un principe n'est que le résultat d'un ou de plusieurs *raisonnements* que d'autres *raisonnements* peuvent atténuer ou obscurcir. Après la sanction publique, un principe devient un fait positif qui termine tous les *raisonnements* et toutes les incertitudes. Une principe [...] n'est qu'une *thèse philosophique* qui peut être controversée: mais quand une principe appartient à la législation, il devient une règle qui doit être obéie ». Cfr. J.-E.-M. PORTALIS, *Discours relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général*, in ID., *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, pp. 110-41 (citazione a p. 118).

⁽²³⁾ Lo sottolinea con buone ragioni anche Grossi: « I principii avevano, a stento, fatto capolino sparutamente, in Codici e leggi speciali, respinti o almeno rintuzzati per quella loro carica di indefinitzza che arrivava ad incrinare la solidità del sistema legale, sistema che era, doveva essere certo ». Cfr. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, cit., p. 71.

⁽²⁴⁾ È questo, ad esempio, eccettuate trascurabili occorrenze, il caso del *Code civil*. Cfr. ancora IANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno*, cit., p. 67.

⁽²⁵⁾ In questo caso i riferimenti, notissimi, sono al § 7 dell'Introduzione alle leggi in generale del Codice civile generale austriaco (ABGB) e all'art. 3.2 delle preleggi al Codice civile italiano del 1865. Sul punto, oltre alla letteratura già citata (nota 6), cfr. E. SPAGNESI, *Reminiscenze storiche in una formula legislativa*, in « Il Foro italiano », XCVI (1971); G.S. PENE VIDARI, *Nota sull'« analogia iuris »*. *L'art. 15 del tit. prel. c.c. albertino e la sua formazione*, in « Rivista di storia del diritto italiano », L (1977); R. FERRANTE, *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e*

centralità del diritto per principi, la distanza rispetto ad entrambi i modelli rimane in ogni caso abissale. Il massimo che il legalismo ottocentesco è disposto a concedere alle norme di principio è un intervento meramente eventuale ed accessorio, servente rispetto alla legge, circoscritto — come è noto — alla sola ipotesi di dubbio persistente rispetto ad un caso ‘non previsto’.

Ora, se prendiamo a campione di controllo il contesto italiano postunitario, su questo punto non c’è dibattito. I principi non sono pensabili se non nella forma e limitatamente alla funzione dei « principii generali » menzionati all’art. 3.2 delle preleggi al Codice civile. La previsione normativa ‘cattura’ il tema dei principi entro uno svolgimento a rime obbligate che li inchioda al ruolo comprimario di fonte suppletiva rispetto alle occasionali mancanze della legislazione. Non hanno autonomia, né tantomeno la capacità di imporsi sulla legge. I principi sono solo l’eccezione che conferma il primato della regola.

La compattezza della dottrina postunitaria rispetto alla prestazione occasionale svolta dai principi è un dato di persistenza che, come vedremo, tenderà a travalicare i limiti cronologici del XIX secolo, spingendosi oltre le stesse colonne d’Ercole del primo conflitto mondiale. Essa tuttavia non cancella ogni forma di dibattito, ma semplicemente si limita a dislocarlo su altri fronti, in particolare attorno al problema della loro definizione. A cosa fa riferimento, infatti, di preciso, la disposizione preliminare quando parla di « principii generali »? Ai principi della legislazione o a qualcos’altro? Nel momento in cui occorre dare un contenuto a tale sintagma, sufficientemente generico da poter includere tutto e il suo contrario,

ABGB, in « Forum historiae iuris », 2006 e ID., *Codificazione e cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2006; S. SOLIMANO, *Tra esegesi e sistema? Cultura giuridica e metodo scientifico di Francesco Saverio Bianchi (1827-1908)*, in « Ius », 1-2 (2010); *La codificazione del diritto tra il Danubio e l’Adriatico. Per i duecento anni dell’entrata in vigore dell’ABGB (1812-2012)*, a cura di P. Caroni, R. Ferrante, Torino, Giappichelli, 2015; G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2018 (in part. pp. 35-8). Incrocio da ultimo il tema dei principi con riferimento al § 7 del Codice civile austriaco, P. MASTROLIA, *La civilistica lombardo-veneta durante la Restaurazione. Un anonimo Compendio di diritto civile austriaco tra giusnaturalismo e positivismo giuridico*, in « Historia et ius », 23 (2023) e relativa bibliografia.

ecco che la tregua dottrinale si rompe, lasciando emergere il profilo di una transizione più articolata e complessa di quello che ci si attenderebbe ⁽²⁶⁾.

In estrema sintesi, fino agli anni Ottanta il confronto è apertissimo. Ad alimentarlo è lo stesso imponente apparato discorsivo che nel corso dell'Ottocento accompagna, sorregge e legittima la svolta codicistica sulla Penisola. È un dato storiografico ormai acquisito che il sostegno al Codice metta capo in Italia ad una originale ed eclettica mistura di materiali teorici eterogenei, attinti perfino dal serbatoio delle dottrine anticodificatorie ⁽²⁷⁾. Ebbene, queste molteplici e contrastanti strategie argomentative non si dileguano di colpo dopo il '65 a vantaggio di una coerente 'ideologia della codificazione', ma si protendono in avanti a puntellare idealmente la codificazione realizzata, nascondendosi tra le pieghe degli stessi commentari esegetici, per poi riaffiorare alla luce attraverso il varco teorico dei 'principii generali' e tradursi in scelte operative.

Il nesso appare stringente. Alla celebrazione del Codice quale precipitato storico necessario della gloriosa e ininterrotta tradizione giuridica 'nazionale' (un'immagine che in ambiente postunitario avrebbe riscosso ampi e trasversali consensi) tenderà così a corri-

⁽²⁶⁾ Abbiamo avuto modo di mettere in evidenza questo elemento in A. SPINOSA, *L'economia dei Codici moderni. Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'Ottocento*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), pp. 747-780. Nella stessa direzione, CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit.

⁽²⁷⁾ Cfr. P. UNGARI, *L'età del codice civile. Lotte per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, ESI, 1967; P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », XX (1991), pp. 367-495; G. CAZZETTA, *Civilistica e 'assolutismo giuridico' nell'Italia post-unitaria: gli anni dell'esegesi (1865-1881)*, in *De la Ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 399-418; L. LACCHÉ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in « Quaderni fiorentini », 39 (2010), pp. 153-228; P. COSTA, *Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale*, in « Storica », XVII (2011), pp. 67-101; R. FERRANTE, *Il problema della codificazione* e S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica post-unitaria*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Treccani, 2012, rispettivamente pp. 213-23 e 271-9; *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Bologna, il Mulino, 2013; CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit.; A. SPINOSA, *Tra regola ed eccezione. Il concetto di ius singulare nel dibattito giuridico italiano tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 49 (2020), pp. 220-66.

spondere l'idea che i principi richiamati nelle preleggi non possano essere altro che i principi del diritto romano-comune-italiano: « Quali sono — si domanda per tutti Vignali — questi principii generali di diritto? Sono quelli che si cavano dalle Fonti generali, da quel *diritto romano*, di cui nei tempi che volgono, non pare che si tenga quel conto che merita [!] — I responsi di quegli'immortali giureconsulti, che si raccolgono nei frammenti riportati nel Digesto, sono il semenzaio dei principii generali di diritto » (28). Quanti, invece, avrebbero preferito salutare nel Codice nazionale il trionfo della 'ragione' oltre che della tradizione, ovvero la provvidenziale trascrizione di quel 'vero' vichiano che doveva considerarsi la fonte primigenia di ogni 'certo' positivo, ebbene non deve sorprendere se poi in un secondo momento sarebbero stati indotti a ritrovare nella formula delle preleggi il legame mai spezzato con la fonte del diritto naturale-razionale-universale: « I principii generali del diritto accennati nell'articolo sono quelle *idee fondamentali del giusto tratte dal diritto naturale*, che si perpetuano malgrado i più profondi cambiamenti di legislazioni e che, *sublimate in principii per mezzo della tradizione*, hanno la stessa forza che avrebbero se fossero state distese in articoli di legge » (29). Ma all'appello non manca neppure

(28) Cfr. G. VIGNALI, *Commentario del Codice civile italiano*, I, Napoli, Stabilimento Tipografico Prete, 1878, p. 50. Nello stesso senso cfr. almeno T. ARABIA, S. CORREA, *Codice civile del Regno d'Italia con commenti e raffronti*, Milano-Firenze, Sonzogno, 1865, p. 9; G. BANDI, *Il Codice civile e la tradizione*, in « Annali di Giurisprudenza italiana », I, parte III, 1866/67, p. 167; G. SAREDO, *Trattato delle leggi*, vol. 1, Firenze, Pellas, 1871, p. 428; T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al codice civile italiano*, Torino, Tipografia Vercellino, 1872, I, p. 29; F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna*, prelezione detta nella R. Università di Pisa, il dì 23 novembre 1876, Pisa, Tip. Nistri, 1877, pp. 19-21.

(29) Cfr. V. CATTANEO, C. BORDA, *Il Codice civile italiano annotato*, Torino, Società l'unione tipografico-editrice, 1865, p. 30. Nella stessa prospettiva, cfr. ad esempio, C. BAUDANA-VACCOLINI, *Commento al Codice civile del Regno d'Italia*, Volume primo parte II, Roma, Salviucci, 1872-73, p. 118; L. BELLAVITE, *Riproduzione delle note già litografate di diritto civile soltanto per l'indirizzo dei giovani studenti*, Padova, Tipografia Sacchetto, 1875, p. 24. Ancora sul finire degli anni '80 Francesco Saverio Bianchi avrebbe scritto che il Codice non aveva voluto altro che far riferimento a « quei principii fondamentali del diritto naturale che la scienza insegna e la coscienza generale ammette come preesistenti ad ogni legge positiva, certi, immutabili e universali ». E rincarando la dose: « Se la domanda dell'attore sia conforme a tali principii, sarà mai

chi, come Borsari, in aperto contrasto con l'ideale illuministico del *juge automate*, si sarebbe spinto fino a evocare come naturale supplemento e integrazione della legge perfino il fantasma dell'equità giudiziaria ⁽³⁰⁾.

Insomma, posta di fronte al problema definitorio suscitato dall'ambiguità della disposizione preliminare, la scienza giuridica postunitaria — quasi a restituire il volto di un'Italia ancora sostanzialmente 'plurale' sotto il manto uniformante del Codice — finisce per offrire soluzioni teoriche ampiamente differenziate e discordanti, le quali rimandano in ultima istanza ad altrettante versioni del modello codicistico ottocentesco. Se proprio vogliamo ricavare un dato unificante, al momento, lo si deve fare per sottrazione. E il dato è quello, per certi aspetti inatteso, della diffusa riluttanza da parte del giurista postunitario a tradurre il rinvio ai « principii generali » in un coerente strumento di « autointegrazione » ⁽³¹⁾ del testo. Più che una norma di chiusura, tale rinvio è pensato come una finestra socchiusa sul 'resto', una sorta di camera di compensazione sempre disponibile tra 'dentro' e 'fuori', tra presente e passato. Due dimen-

possibile respingerla come infondata, perché non abbia alcun testo positivo di legge a cui appoggiarsi? ». Cfr. F.S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano. Principii generali sulle leggi*, Torino, UTE, 1888, p. 13.

⁽³⁰⁾ « La ragione vi guida, la ragione semplice, il sentimento dell'equità [...] ». Cfr. L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, Torino, UTE, 1871, p. 76. Ma vedi anche G. DEL VITTO, *Commentario teorico-pratico del codice civile del Regno d'Italia per singoli articoli*, Torino, Negro editore, 1876, I, p. 76; M. DIENA, *Della equità nella interpretazione delle leggi e dei contratti e della Corte di cassazione unica*, Venezia, Tipografia Fontana, 1879. Sulla stessa lunghezza d'onda, anche Lozzi afferma che: « la *aequitas* sin dai tempi classici della giurisprudenza, fu l'elemento intimo ed animatore d'ogni diritto, annoverata dallo stesso Cicerone [...], fra le fonti del *jus civile* [...]. Da tutto ciò si può con sicurezza inferire che l'origine dell'equo si derivi dalla legge universale; imperocché i legislatori non vogliono, né potrebbero definire tutti i casi, ma i soliti a verificarsi e i possibili a prevedersi dall'umana prudenza [...]. Onde la decisione del caso omesso vuolsi trarre dalla legge universale, non dalla stessa legge, ma da ciò che dicesi buono ed equo ». Cfr. C. LOZZI, *Della interpretazione delle leggi e dei contratti per via dell'equità*, in « Temi Veneta », III (1878), 38-39, p. 446.

⁽³¹⁾ Propende invece per questa soluzione, in accordo con la Cassazione di Palermo (decis. 21 giugno 1873), F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. 1, Torino, Ute, 1886, pp. 21-2. Per la fortunata terminologia di 'auto' ed 'eterointegrazione', cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Soc. ed. del « Foro italiano », 1940-XVIII, p. 142 e ss.

sioni, beninteso, normalmente indipendenti e non comunicanti tra loro, ma che all'occorrenza sapevano ancora dialogare attraverso il canale dei « principii generali ». A chiudere definitivamente la porta al passato ci avrebbe pensato il 'sistema'.

A partire dagli anni Ottanta e poi definitivamente con l'avvio del nuovo secolo, in corrispondenza della traduzione italiana delle *Pandette* di Windscheid e della progressiva adesione di massa alla lezione metodologica pandettistica, il quadro sarebbe radicalmente mutato ⁽³²⁾. Niente più rinvii all'equità, alle massime della giurisprudenza intermedia, al diritto comune, alla tradizione, alla ragione o al diritto naturale. Per la dottrina largamente maggioritaria i principii generali *di diritto* diventano i principi generali *della legislazione*: determinazioni di più ampia latitudine imperativa ricavate induttivamente, attraverso un procedimento di crescente astrazione logica, muovendo dalle norme legislative particolari ⁽³³⁾. I principi generali — scrive per tutti Coviello — non sono quelli del diritto naturale o razionale, né quelli del diritto romano o comune « che molti continuano a venerare come la *ratio scripta* ». E non sono nemmeno i « principii universalmente ammessi dalla scienza », ma « altro non possono essere che i principii fondamentali della stessa legislazione

⁽³²⁾ Grossi, come è noto, dà ampio risalto nel quadro del suo magistrale *profilo storico* sulla scienza italiana otto-novecentesca, al cambio di passo culturale dei « fertili » anni Ottanta e Novanta del XIX secolo. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 13-70. Sull'affermazione di una scienza sistematica in Germania cfr. *pars pro toto* P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, Milano, Giuffrè, 1984-5, voll. I e II.

⁽³³⁾ Cfr. ad esempio, V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* (1880), in ID., *Studi giuridici*, vol. III, Diritto privato, Parte I, Roma, Anonima romana Editrice, 1932; le note di C. Fadda e P. Bensa a B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di C. Fadda e P. Bensa, Torino, Unione Tipografico-editrice, 1902, vol. I, parte I, p. 128 e ss.; L. LANDUCCI, *Trattato di diritto civile italiano*, in *Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano*, vol. I, Torino, UTE, 1900; G. P. CHIRONI, L. ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, volume I, parte generale, Torino, Bocca, 1904; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Milano, Società Editrice Libreria, 1910, § 29; V. SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano: lezioni*, Spoleto, Athenaeum, 1914, p. 84; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1921, p. 22 e ss.

positiva che non si trovano scritti in nessun luogo, ma [...] da cui per forza di astrazione debbono esclusivamente esser ricavati » (34).

Il passaggio è di grande rilievo e merita di essere sottolineato. Laddove il Codice da solo non era riuscito, arriva il sistema. Il progressivo abbandono del metodo esegetico, se consente alla scienza di guadagnare nuovi spazi di autonomia rispetto al piano della rigida positività della legge, aprendo qualche spiraglio in direzione di un ampliamento delle prerogative dell'interpretazione (35), dal punto di vista del dibattito sui principi (e quindi indirettamente sul piano delle fonti) determina una stretta legalistica che in modo così diffuso e compatto non si era vista in precedenza. Di fronte al caso non previsto non c'è più bisogno di ricorrere a sussidi esterni, a strumenti di « eterointegrazione » del testo normativo. La conquista del sistema legittima la convinzione che l'ordinamento legislativo statale abbia ormai la capacità di auto-completarsi in forza delle proprie componenti sfruttando l'elasticità e la maggiore comprensività dei principi giuridici dedotti dalla scienza. Principi 'latenti' dell'ordinamento giuridico, impliciti, inespressi, che soltanto al giurista spetta di portare alla luce come altrettanti sviluppi 'organici' del sistema, quali « germogli » e non « innesti » del diritto positivo statale (36). « Una buona legge — incide sul marmo Scialoja — non pone i principii; essa detta comandi [...]. Da questi comandi si possono astrarre i principii » (37).

Indubbiamente si tratta di un mutamento di prospettiva importante. Sul piano teorico ne derivano nuove possibilità, ma anche inediti problemi. Una possibilità, ad esempio, è quella di graduare gerarchicamente i principi a seconda del quoziente di astrazione essi di volta in volta presentino (a seconda cioè che possano considerarsi comuni a più norme, a più istituti, ad una o più branche dell'ordinamento, o infine all'intero sistema giuridico) (38). Una caratteristica, questa, comparativamente interessante se confrontata con

(34) Cfr. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 87.

(35) Limitate ma significative 'incrinature' dell'« assolutismo giuridico » che Grossi non mancava di segnalare. Cfr. GROSSI, *Itinerari dell'assolutismo giuridico*, cit.

(36) L'espressione efficace è di FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 29.

(37) SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 202.

(38) Cfr. ancora COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit.

l'odierna persuasione che la genetica vocazione 'pluralistica' delle costituzioni del Novecento risieda in gran parte sul fatto che ai loro fondamenti di principio un criterio gerarchico in senso stretto non possa essere applicato (39). Al tempo stesso, però, l'aver ricondotto i principi ad un processo di astrazione logica da compiersi sulla base del dato normativo/positivo produce come effetto quello di avvicinare pericolosamente, fin quasi a sovrapporli, i 'principii' generali della legge ai 'concetti' generali della scienza, sollevando a più riprese il non facile problema del loro criterio differenziale (40).

Non siamo di certo noi a scoprire questi profili di discontinuità. Se proviamo però a far nostre fino in fondo le indicazioni di metodo dalle quali siamo partiti, l'invito cioè a guardare 'oltre' il livello dello scontro teorico di superficie per tentare di connetterlo alle dinamiche storico-sociali sottostanti, allora è forse possibile rintracciare, accanto agli innegabili elementi di novità, anche le più riposte permanenze. Questo forse può valer la pena di essere

(39) Principio scolpito anche da una recente pronuncia della Corte costituzionale italiana (Sent. 85/2013, redattore Silvestri): « Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre 'sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro' (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo 'fondamentale', contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un 'carattere preminente' del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come 'valori primari' (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una 'rigida' gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi ». Per una fondamentale guida al costituzionalismo democratico del Novecento, cfr. M. FIORAVANTI, *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018.

(40) Degno di nota il fatto che proprio attorno ai concetti giuridici si sarebbe svolto uno dei grandi dibattiti teorici del primo Novecento. Cfr. CALOGERO, CESARINI SFORZA, JEMOLO, PUGLIATTI, *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Milano, Giuffrè, 2004.

segnalato. Anche senza chiamare in causa premeditate e poco plausibili strategie gattopardesche, il cambio di rotta dottrinale di fine secolo non ci sembra mutare sostanzialmente l'atteggiamento con il quale la scienza giuridica otto-novecentesca guarda ai principi, né le aspettative che ripone in essi. Non muta ad esempio (e questo l'avevamo già anticipato) la particolare modalità del loro intervento. Sia che si estraggano da qualche antico giacimento dismesso, sia che invece li si immagini rampollare dalla stessa fonte legislativa, ai principi si continua a chiedere un semplice contributo occasionale e meramente ausiliario rispetto ai (rari) difetti della legislazione. Insomma, è fatta salva l'idea che quando la legge parla i principi debbano tacere.

Ma, soprattutto, a non mutare — così ci sembra — è il significato costituzionale dell'operazione, la missione che per il momento la scienza giuridica sceglie di affidare ai principi e cioè quella di fungere da garanti supremi della 'continuità'. Una continuità che deve essere tutelata, non soltanto contro le possibili sbandate di una giurisprudenza 'pretorile', potenziale fiancheggiatrice di interessi diversi e contrastanti rispetto a quelli selezionati (anche tacitamente) dal Codice, ma anche contro il rischio di oscillazioni incontrollate dello stesso decisionismo legislativo, che in tempi di transizione e disordine politico può sempre lasciarsi sedurre da dottrine malsane e sovvertitrici del buon ordine.

Se la continuità è la preoccupazione, i principi sono l'ansiolitico. Dapprima la sua salvaguardia richiede di ancorare la disciplina codicistica ai principi della 'tradizione', ad un reticolo di massime, criteri e valori capaci di proiettare idealmente la razionalità oggettiva del diritto codificato anche in quei territori di frontiera che risultano più esposti alle folate delle ideologie politiche e degli interessi economici. In un secondo tempo, metabolizzata la transizione e allestito attorno al Codice un nuovo e potente strumento di protezione e insieme di estensione 'organica' della sua *ratio* — il sistema — ecco che i principi possono identificarsi con i principi della legislazione positiva ⁽⁴¹⁾. Con una precisazione (il diavolo sta nei

⁽⁴¹⁾ Un passaggio del *Profilo* di Grossi ci conforta in questa lettura: « Le scelte legalistiche e formalistiche, che constatiamo intensificarsi nei primi anni del nuovo secolo [...] rappresentano qualcosa di più di una opzione metodologica e di una visione

dettagli). Ovviamente non tutti i distretti legislativi saranno titolati a diventare terreno di coltura di principi giuridici. Il sistema offre alla scienza un criterio quantomai affidabile per discriminare l'ordine dal disordine, il diritto 'comune' dal diritto 'singolare'; per preservare il « vero diritto »⁽⁴²⁾ dalla contaminazione con la logica utilitaristica e contingente della legislazione speciale. Fintantoché sarebbe stato possibile rinserrare il problema del mutamento giuridico e sociale entro la rigida dicotomia regola/eccezione i principi generali avrebbero seguito a svolgere questa essenziale funzione di 'guardiani del cancello' rispetto ad ogni attacco troppo brusco al primato costituzionale del sistema civilistico. Esatto, ma fino a quando?

3. *La novità del Novecento: dai principi 'generali' ai principi 'informativi'. Indicazioni per un futuro programma di ricerca.*

Al di sotto delle schermaglie teoriche di superficie, si può dunque individuare un più solido motivo di invarianza nella riflessione dottrinale ottocentesca sui principi generali. Può cambiare la loro definizione, ma non cambia in buona sostanza la loro destinazione funzionale. La missione rimane pur sempre quella di assicurare sui fronti più caldi dell'ordinamento giuridico, quelli non ancora raggiunti dalla normazione statale, uno sviluppo graduale del sistema in conformità alla logica 'imparziale' del diritto comune civilistico, quale argine al dilagare incontrollato di un diritto di nuova fattura (sia legislativa, che giurisprudenziale) funzionalizzato

post-illuministica del rapporto tra ordine giuridico e mutamento socio-economico, e appaiono come una risposta, una difesa, una sorta di barriera alta contro l'invasione erosiva di una fattualità piazzaiola ». Fu strategia, dunque, e segnatamente « strategia di rimozione ». Cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 72.

⁽⁴²⁾ Sul rapporto Codice-legge speciale, pagine di fondamentale importanza in N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979; G. CAZZETTA, *Critiche sociali al Codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto* (2002), ora in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 27-65; ID., *La società del Codice. Cultura giuridica e trasformazioni sociali tra Otto e Novecento* (2007), in ID., *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., pp. 121-39.

alle mutevoli e « speciali convenienze in relazione al bene degli uomini non come individui, ma come congregati » (43).

L'avvio del nuovo secolo non introduce novità di rilievo sul punto. È vero, di fronte alla montante 'rivolta dei fatti contro il Codice' (44), la moltiplicazione dei dubbi sulla tenuta del sistema produce evidenti scossoni anche al livello più alto della teoria generale. Ne è un indizio attendibile l'improvviso accendersi anche in Italia di quel vivace dibattito sulle 'lacune' che già da tempo stava impegnando la scienza giuridica europea (45). Ma appunto — come già Grossi aveva notato — il tema dei principi non è proprio il più sensibile a registrare il mutamento in atto. Per riaprire il dibattito e rimettere in discussione tutte le posizioni acquisite sarebbe stata necessaria tutta la forza dirompente del primo conflitto mondiale (46).

La tradizionale configurazione dei principi come emanazione del diritto positivo statale si reggeva su una serie di presupposti che l'esplosione quantitativa della normazione emergenziale di guerra rende inesorabilmente anacronistici: la possibilità, ad esempio, di riconoscere ed isolare un 'centro' stabile dell'ordinamento giuridico, distinguendolo dalle zone più mobili e disorganiche di 'periferia';

(43) Cfr. G. CAPITANI, *Analogia* (voce), in *Digesto italiano*, Torino, UTET, 1895, p. 178.

(44) Il richiamo è al noto libretto di G. MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920, evocato nel corso del Novecento da molti giuristi italiani ed europei.

(45) Innescato dall'importante saggio monografico di D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Napoli-Roma-Milano, Società Editrice Libreria, 1909, il dibattito avrebbe visto la partecipazione delle principali figure di spicco del firmamento dottrinale italiano del tempo.

(46) Impossibile richiamare in questa sede la vasta letteratura in materia. Per un indispensabile orientamento, cfr. F. WIEACKER, *Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della civiltà moderna* (1953), ora in ID., *Diritto privato e società industriale*, Napoli, ESI, 1983, p. 31 e ss.; GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 130 e ss.; C. LATINI, *Governare l'emergenza: delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005; L. MOSCATI, *La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 7 (2016), pp. 359-67; CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit.; A. SOMMA, *Verso la grande trasformazione. Il primo conflitto mondiale e la disciplina dell'ordine economico nell'esperienza italiana*, in « Historia et ius », 15 (2019); B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 154-65.

oppure la convinzione di poter governare il cambiamento indirizzando (e chiudendo) le novità più disturbanti nel contenitore concettuale del diritto singolare/eccezionale/speciale; o la fiducia, infine, sulla inattaccabilità delle grandi dicotomie ottocentesche, a partire da quella tra pubblico e privato (47). Insomma, per dirla in breve, sulla persuasione — ribadita da Miceli nella prima metà degli anni Venti — che si potesse ancora affrontare la ‘grande trasformazione’ del Novecento « rimanendo attaccat[i] al sistema [...] come ci muoviamo con la terra intorno al sole, rimanendo attaccati alla terra » (48).

In realtà ci si accorge ben presto (o almeno i più attenti lo fanno) che il cambiamento non può essere affrontato con gli strumenti concettuali consueti. La guerra non è una parentesi che può essere richiusa comodamente alla sua conclusione ufficiale. Ad uscirne irrimediabilmente segnata è l'intera geografia del diritto ottocentesco, a cominciare da quel diritto civile di cui ancora alla vigilia del conflitto mondiale (e contrariamente ad ogni evidenza) si era potuto salmodiare la sostanziale ‘extrastatualità’ e che improvvisamente (e non senza sincero dolore) si scopriva invece vulnerabile alla ragion di Stato alla pari di ogni altro settore dell'ordinamento. Ebbene, la riapertura del dibattito sui principi generali avrebbe incorporato e a suo modo riflesso questa nuova diffusa consapevolezza.

A far da detonatore, com'è noto, è la prolusione al corso di Filosofia del diritto che Del Vecchio tiene all'Università di Roma per l'a.a. 1920/21 (49). Mentre dalla vicina cattedra di diritto civile Ferrara seguitava a ricondurre i principi alla piattaforma dell'ordina-

(47) Per uno sguardo di lungo periodo alla *summa divisio* pubblico/privato, fondamentale ancora SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit.

(48) Cfr. V. MICELI, *I principi generali del diritto. A proposito di una recente pubblicazione*, estratto da « Rivista di diritto civile », XV (1923), p. 11.

(49) Cfr. G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, prolusione al corso di Filosofia del diritto letta il 13 dicembre 1920 nella R. Università di Roma, in « Archivio giuridico », LXXXV (1921), pp. 33-90. Sul dibattito suscitato dall'intervento del filosofo romano, cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 1974; COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 430 e ss., e GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 134 e ss.

mento giuridico positivo ⁽⁵⁰⁾, Del Vecchio riapriva inaspettatamente la porta al diritto naturale: « La necessità di ricorrere [...] alla ragion giuridica naturale, è mantenuta viva dall'inevitabile incompiutezza d'ogni diritto positivo; tanto che da un tale ricorso non si potrebbe prescindere, se anche mancasse, come manca in altre legislazioni (ad es. nel Codice Napoleone e nel Codice civile germanico) un formale richiamo » ⁽⁵¹⁾. La tesi nella sua interezza avrebbe attirato più attenzioni che consensi. Ma più del successo è proprio il clamore suscitato dalla proposta del filosofo romano il dato storiografico che conta. Del Vecchio non faceva altro che dar voce al crescente sentimento di inquietudine che attraversava la scienza giuridica postbellica, all'urgente bisogno di reperire nuove « fondazioni appaganti » ⁽⁵²⁾ oltre i limiti di un apparato normativo statale ormai impossibile da riorganizzare attorno ad un baricentro stabile.

Ragione naturale; natura dei fatti ⁽⁵³⁾; massime della scienza del diritto comune ⁽⁵⁴⁾; equità ⁽⁵⁵⁾; giurisprudenza in senso lato ⁽⁵⁶⁾: per la ricchezza delle soluzioni proposte, la disputa degli anni Venti sembra per un verso riportare le lancette al tempo del dibattito postunitario, quando l'assenza di un metodo certificato di espansione della *ratio* codicistica (il sistema) aveva obbligato la scienza giuridica a riallacciare il Codice al lungo tracciato della tradizione giuridica nazionale (qualunque cosa volesse dire). La storia tuttavia non ammette ritorni al passato. Che i termini della questione siano ormai irrimediabilmente mutati appare un dato con il quale, presto o tardi, occorre fare i conti.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 224.

⁽⁵¹⁾ Cfr. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, cit., pp. 48-9.

⁽⁵²⁾ Cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 134.

⁽⁵³⁾ Cfr. A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in « Archivio Giuridico », LXXVI (1921), pp. 129-47.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. B. BRUGI, *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, in « Il diritto commerciale », 35 (1916); e ID., *I principi generali di diritto e il diritto naturale*, in « Archivio Giuridico », XC (1923), pp. 160-66.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in « Rivista internazionale di Filosofia del diritto », 1923, pp. 256-87. *Contra*, M. ROTONDI, *Equità e principi generali di diritto*, in « Rivista di diritto civile », XVI (1924), pp. 266-75.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. G. PACCHIONI, *I principii generali di diritto*, in « Archivio Giuridico », XCI (1924), pp. 133-49.

Dove stia l'esatta radice del problema lo segnala con grande lucidità Francesco Orestano intervenendo al dibattito avviato da Del Vecchio. Il punto — osserva Orestano — è che « ci troviamo oggi in Italia in una singolare situazione. Abbiamo, cioè, almeno due grandi classi di *principi generali di diritto*: una del più puro stampo *individualistico*, l'altra del più puro stampo *collettivistico* [...]. Gli antichi ed ancora i civilisti del sec. XIX sapevano distinguere chiaramente e nettamente *quod ad singulorum utilitatem spectat*, e *quod ad statum reipublicae*: oggi noi non lo sappiamo più, almeno con quella energica precisione »⁽⁵⁷⁾. Finché era stato possibile ricondurre i principi ad un unico centro, o quantomeno alle tradizionali mappe concettuali, tutto aveva funzionato alla perfezione. Ma *quid iuris*, nel silenzio della legge, adesso che di 'centri' ce n'erano due? Adesso che tutti i più saldi criteri di unità e coerenza del sistema giuridico erano andati definitivamente perduti?

Eccoci giunti alle soglie di quell'elemento di novità che fin dall'inizio stavamo cercando. In quanto guardiani della continuità, i principi 'generali', tanto nella loro configurazione classica, quanto nelle versioni aggiornate del dopoguerra, presupponevano pur sempre, a monte del loro intervento, un ordine giuridico da custodire e rilanciare in tutti i settori di nuova 'colonizzazione' normativa. È proprio l'improvvisa (per alcuni sconvolgente) scoperta che l'ordine non può essere più considerato un dato di partenza, ma semmai un punto di arrivo, un qualcosa che non va solo difeso e custodito, ma che innanzi tutto deve essere 'costruito' e 'progettato'⁽⁵⁸⁾, a predisporre il terreno per un radicale ripensamento del ruolo e della funzione dei principi. Ripensamento che in breve tempo ribalta e si lascia indietro di anni luce ogni residua prospettiva ottocentesca.

Il nuovo si presenta sottoforma di quelli che con lessico ancora incerto saranno definiti principi 'informativi', ma che potranno assumere altresì l'appellativo di principi 'fondamentali', 'sostanziali',

(57) Cfr. F. ORESTANO, *Ancora dei "principi generali di diritto"*, in « Rivista internazionale di Filosofia del diritto », 1924, p. 279.

(58) Cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, IV, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 271. Nella stessa direzione v. da ultimo, I. STOLZI, *Il secolo nuovo: giuristi e tradizioni nell'Italia del Ventennio*, in « Quaderni fiorentini », XLIX (2020), pp. 267-305.

‘direttivi’, ‘basilari’, ‘introduttivi’. Tante denominazioni per affermare però un medesimo convincimento, e cioè che « non è [...] il sistema delle norme che crea i principî, ma sono i principî che creano le norme e rendono possibile con l’ulteriore diffusione della loro essenza lo sviluppo organico anche potenziale del potere normativo di un ordinamento giuridico » (59). I principî precedono (hanno sempre preceduto?) e non seguono le norme. Ne « costituiscono l’antecedente logico ed il presupposto », ciò che vale a conferire ad una compagine indistinta di precetti normativi il carattere dell’unità (60). È da questa piccola rivoluzione copernicana che si comincia a guardare ai principî non soltanto come un fattore di integrazione e sviluppo del sistema, ma *in primis* come una premessa indispensabile dell’ordine, l’idea-guida che orientando assiologicamente alla stregua di un indirizzo fondamentale (61) l’apparato legislativo statale sarebbe stata in grado — appunto — di ‘mettere in forma’ l’ordinamento giuridico, ristabilendo l’ordine dal caos.

Dal punto di vista teorico tutto ciò implicava mille nuovi problemi da risolvere: in che modo, ad esempio, la nuova categoria avrebbe interagito con la classica; se a tali principî andasse attribuita o meno una vera e propria forza vincolante (e quindi giuridica); se tale forza direttiva/precettiva si sarebbe esercitata solo nei riguardi dell’interprete o al contrario sarebbe andata a vincolare la stessa opera legislativa. In termini generali significava rimettere in discussione tutta la dottrina delle fonti, il rapporto tra legge, principî e il ruolo dell’interprete. In termini ancor più generali si trattava in buona sostanza di ripensare da capo le connessioni tra diritto e

(59) Cfr. C. JANNACCONE, *I principî generali dell’ordinamento giuridico statale enunciati in un sistema di precetti legislativi*, in *Studi sui principî generali dell’ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Pacini Mariotti, 1943, p. 279.

(60) Cfr. C. MORTATI, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principî generali del diritto*, in *Studi sui principî generali*, cit., p. 125.

(61) Si pensi solo, in questa prospettiva, ai fondamentali contributi di Mortati e Crisafulli, entrambi attivi partecipanti al dibattito degli anni Quaranta sui principî. Valorizza il tentativo dei due costituzionalisti di aprire una ‘terza via’ tra la difesa intransigente della tradizione e la torsione dei principî « in chiave di dottrina del regime », M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 63 e ss.

politica, due dimensioni ormai sempre più inestricabilmente intrecciate tra loro. E considerata la posta in gioco, non c'è da stupirsi se alcuni scelsero (anche tatticamente) di schierarsi a difesa della tradizione, riaffermando l'equazione secondo la quale i principi, o erano generali, o non erano giuridici ⁽⁶²⁾. Pur con questi limiti e molte ambiguità è tuttavia in quello stesso vivace crogiuolo che il ruolo strategico dei principi, tanto nel fondare l'ordine giuridico, quanto nel guidarne lo sviluppo in ogni sua fase (da quella legislativa a quella interpretativa/applicativa), diviene un po' alla volta un punto teorico di non ritorno.

La nuova categoria dei principi 'informativi' avrebbe fatto il suo debutto ufficiale in occasione dell'importante convegno pisano del 1940 sui *Principi generali dell'ordinamento giuridico fascista* ⁽⁶³⁾, ma di certo i materiali concettuali per la sua messa a punto erano già a disposizione — come abbiamo intravisto — da almeno un decennio. Un decennio complesso, percorso da « ripensamenti e rinnovamenti dottrinali » ⁽⁶⁴⁾, profondamente condizionato, ma non monopolizzato, dalla presenza ingombrante del regime; un decennio —

⁽⁶²⁾ È questa, ci sembra, la strategia prevalente adottata dai civilisti/romanisti che parteciparono al dibattito degli anni Quaranta sui principi generali dell'ordinamento fascista. Cfr. ad es. M. ALLARA, *Sull'opportunità di principi generali del diritto nella nuova legislazione*; G. GROSSO, *Principi generali dell'ordinamento giuridico o dichiarazione politica?*; F. SANTORO-PASSARELLI, *Riflessioni sulla formulazione legislativa dei principi generali di diritto*, tutti in *Studi sui principi generali*, cit., rispettivamente pp. 339-42, 343-58 e 333-8.

⁽⁶³⁾ Dal convegno poi sarebbe derivato il più ampio volume collettaneo del 1943 sopra citato. Cfr. R. TETI, *Codice civile e regime fascista: sull'unificazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 169 e ss.; P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in « Quaderni fiorentini », XXVIII (1999), pp. 175-293; A. SCIUMÈ, *I principi generali*, cit., p. 259 e ss.; I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 209 e ss. Da ultimo v. il saggio di C. STORTI, *Intorno ai principi generali dell'ordinamento giuridico fascista tra diritto e politica*, in « Journal of Constitutional History/Giornale di storia costituzionale », I (2022), 43, pp. 279-97. Per uno sguardo d'insieme, cfr. *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, a cura di I. Biocchi, G. Chioldi, M. Grondona, Roma, RomaTre Press, 2020 e *Il 'groviglio costituzionale' del fascismo: materiali per una mappa concettuale*, numero monografico del « Journal of Constitutional History/Giornale di storia costituzionale », I (2022), 43.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., cap. VI.

quello degli anni Trenta — durante il quale si ridisegnano a fondo i rapporti tra Stato e società, si definiscono nuovi equilibri tra diritto, politica ed economia. Non possiamo neppure di volo accennare a questi profili di trasformazione. Ma se vogliamo risalire alle radici profonde di quel diritto ‘per principi’ di cui oggi celebriamo la centralità, probabilmente è proprio da lì che occorre partire.