

Rivista N°: 3/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 25/09/2017

AUTORE: Federico Pedrini*

CONTRO “LE CLAUSOLE GENERALI” (SANS PHRASE). PRECAUZIONI PER L’USO D’UNA CATEGORIA DOTTRINALE ANCORA TROPPO VAGA

Sommario: 1. Ancora sulle clausole generali. Un’obiezione di coscienza contro l’accanimento terapeutico. – 2. In che senso “esistono” le clausole generali? – 3. ‘Clausole generali’: formazione e malformazione di un concetto. – 4. Lo stato attuale: l’approdo al macro-concetto di ‘clausola generale’. – 5. Vademecum per una futura differenziazione. – 5.1. Rinvii “esterni” vs. rinvii “interni” alla dimensione giuridica. – 5.2. Quali (e quanti) rinvii alla dimensione meta-giuridica? – 5.3. Rinvii all’effettività vs. rinvii all’argomentazione meta-giuridica. – 6. – Le clausole generali “oltre il diritto civile”: tra pragmatica e metodologia interpretativa.

*«Il est pourtant bien préférable de ne jamais
chercher la vérité sur aucune chose,
plutôt que de le faire sans méthode»*

René Descartes (*Règles pour la direction de
l’esprit*, IV, 46)

* Associato di Diritto costituzionale nell’Università di Modena e Reggio Emilia.

¹ In ordine cronologico, v. F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*,

1. Ancora sulle clausole generali. Un'obiezione di coscienza contro l'accanimento terapeutico

Tornare a breve distanza di tempo su un tema – come quello delle clausole generali – al quale nel corso degli anni si sono già dedicati una monografia e alcuni altri studi¹ può rivelarsi una pratica imprudente per almeno due ordini di ragioni.

La prima ragione di rischio – rischio tutto sommato lieve, e nondimeno fastidioso – è quello di risultare semplicemente ripetitivo, tornando a propinare come la proverbiale “minestra riscaldata” quanto già scritto in precedenza, senza proporre nulla di particolarmente rilevante per la (feconda) prosecuzione o almeno per un (utile) aggiornamento del dibattito scientifico sull'argomento.

La seconda ragione di rischio – rischio decisamente più insidioso e in cui talora si cade proprio per sfuggire al primo inconveniente – è viceversa quella dell'originalità “a tutti i costi”. Di voler cioè dire *per forza* qualcosa di nuovo anche se, in realtà, non si avrebbe granché da aggiungere a quanto già esposto anteriormente.

La prima linea d'intervento mi pare assimilabile alla reiterata somministrazione d'un farmaco che, all'evidenza, sinora *non* ha funzionato particolarmente bene; la seconda a una forma di sperimentazione terapeutica con velleità alla “*Dr. House*”, ma a tutto danno d'un paziente già esangue.

Ritenendole entrambe una manifestazione tutto sommato evitabile di “accanimento terapeutico”, vorrei qui almeno parzialmente esercitare il mio diritto di “obiezione di coscienza”, discostandomi un po' non tanto dal contenuto, quanto piuttosto dal “taglio” dei consueti interventi (a scanso d'equivoci, *compresi* i miei trascorsi) in argomento di clausole generali.

La tesi che vorrei sostenere, infatti, è di carattere più che altro meta-teorico e metodologico, non riguardando primariamente le caratteristiche (strutturali, funzionali e contenutistiche) della (macro-)categoria ‘clausole generali’, bensì segnatamente la relativa (in-)utilità di proseguire nell'utilizzo di tale categoria laddove essa continui a *non* essere maggiormente e più adeguatamente specificata.

Contro “le clausole generali”, dunque. Non contro *questa*, o *quella*, o magari *tutte* le clausole generali, intendendosi con esse determinate *disposizioni* (o parti di disposizioni) e/o *norme* (o parti di norme) dell'ordinamento giuridico, che il legislatore (o altro soggetto “normogenetico” dell'ordinamento) “forgi” con determinate caratteristiche. Contro “le clausole generali”, bensì, intese come *categoria dottrinale indifferenziata* e che proprio *in quanto* indifferenziata rischia (nel migliore dei casi) di divenire “vuota” o (nel peggiore) latrice di ambiguità,

¹ In ordine cronologico, v. F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, 1-39; IDEM, *Clausole generali e Costituzione: considerazioni introdotte*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2012, 285-311; IDEM, *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2013 (prima ristampa riveduta e corretta dicembre 2014); IDEM, *Clausole generali e principi costituzionali*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2015, 1-41, di prossima pubblicazione in portoghese e inglese in due volumi internazionali di studi dedicati al pensiero di Robert Alexy a cura di C. TOLEDO (*Direito, Razão e Institucionalização*, Rio de Janeiro, Editora Forense 2017, e *Reason and Institutionalization – Theory of Legal Argumentation, Theory of Fundamental Rights, Concept and Nature of Law*, 2017).

equivoci e – di conseguenza – anche produttiva d’una certa “emorragia d’inchiostro” che sarebbe forse possibile ed intelligente contenere entro confini più accettabili.

2. In che senso “esistono” le clausole generali?

Prima però d’approfondire il perché, a mio avviso, bisognerebbe esser cauti nel parlare genericamente e al plurale di clausole generali, non è inopportuno spendere qualche passaggio ulteriore per capire un po’ meglio, almeno in prima approssimazione, *in che senso* (o, meglio, *in quali sensi*) possono “esistere” tali clausole².

A tal proposito, una prima importante distinzione è stata introdotta poche righe più sopra, in conclusione del paragrafo introduttivo.

Da una parte abbiamo tutta una serie di (norme riconducibili a) articoli legislativi o costituzionali contenenti espressioni linguistiche come ‘comune sentimento del pudore’, ‘buona fede’, ‘motivi abietti e futili’, ‘motivi di particolare valore morale o sociale’, ‘particolare pregio storico artistico’, ‘giusta causa’, ‘danno ingiusto’, ‘buon costume’, ‘utilità sociale’ e via discorrendo. Ebbene, in un primo senso potremmo dire (e spesso, in effetti, si sente dire) che tali formule linguistiche – o, se si preferisce, le corrispondenti (parti di) norme da esse (formule) espresse – “sono” clausole generali.

Per le finalità più comuni e per così dire “triviali” della comunicazione tra i giuristi, un simile modo d’esprimersi è relativamente innocuo, limitandosi a indicare un insieme abbastanza ampio di disposizioni e/o di norme che si pretendono simili in qualcosa (al momento, non importa approfondire in cosa). Per chi voglia articolare un’analisi più tecnica e precisa sulla relativa tematica, tuttavia, il medesimo atteggiamento si rivela decisamente poco felice.

Mai come in questo caso, infatti, un approccio anche solo indirettamente o metaforicamente “ontologico” alle varie figure che popolano il vasto mondo del diritto s’è rivelato altrettanto fuorviante per la riflessione scientifica. La ragione è che tale approccio finisce (anche soltanto implicitamente) per suggerire che esista una “natura” oggettiva e/o intrinseca delle clausole generali (delle disposizioni o delle norme che appunto “sono” clausole generali), magari addirittura auto-evidente o comunque “in sé” riconoscibile dall’osservatore.

Purtroppo la situazione non è così semplice. Quella che potrebbe apparire come una questione “reale”, riferita a cose con autonome caratteristiche, le quali andrebbero semplicemente scoperte e/o riscontrate – invero –, è qui molto più che altrove strettamente e in-scindibilmente intrecciata con la problematica “terminologica”, attinente cioè alle *parole* che si scelgono per denotare certi fenomeni piuttosto che altri.

Detto altrimenti, in materia di clausole generali molto più che in altre, la questione dell’*essere* parrebbe logicamente subordinata a quella del *denominare*, rinviando necessariamente al preliminare quesito linguistico e, se vogliamo, “definitorio” relativo al significato

² Si proverà a mostrare come tale premessa non costituisca una semplice divagazione. È convinzione di chi scrive, infatti, che proprio la peculiare “dimensione di esistenza” delle clausole generali offra una prima spiegazione dello “stato dell’arte” assai confuso cui si è accennato poche righe più sopra.

del sintagma 'clausola generale'. Dunque, per amor d'analiticità: non (tanto) *cosa siano* le clausole generali, ma (soprattutto e preliminarmente) *di cosa stiamo parlando* quando usiamo la formula 'clausole generali'.

Ciò sposta l'attenzione sulla seconda sopraccennata "dimensione di esistenza" delle clausole generali, vale a dire sulle 'clausole generali' intese come *categoria* (conoscitiva). Qui non si tratta più, insomma, di una fenomenologia *normativa*, ma di una classificazione *teorica*: del *concetto astratto* che consente di riconoscere la concreta realtà giuridica di riferimento, differenziandola dal resto di quella giuridicamente rilevante. Si comprende così anche il nesso tra i due livelli (*normativo* e *teorico*) del possibile discorso sulle clausole generali: certe (parti di) disposizioni e/o norme "esistono" (oppure no) *come* clausole generali *a seconda della definizione* di 'clausole generali' adottata.

Si potrebbe forse obiettare che quanto osservato altro non faccia che riproporre la comune (e generale) tematica linguistica della relazione tra i nomi e le cose. La problematicità del rapporto tra 'clausole generali' come categoria teorica e clausole generali come insieme di (parti di) disposizioni e/o norme, tuttavia, parrebbe andare oltre il nesso "consueto" tra gli oggetti e le rubriche linguistiche adottate per denotarli. Ciò dipende in larga misura dalla *particolarità* del linguaggio in cui la rubrica 'clausola generale' è stata coniata: particolarità alla quale ora si proverà per grandi linee ad accennare.

In questa chiave, a titolo d'introduzione, partirei da un rilievo tutto sommato elementare.

Più o meno *tutti* (giuristi e non giuristi) sanno, o per lo meno hanno una qualche (più o meno vaga) idea, della "cosa" cui si riferiscono quando parlano di 'norme', 'leggi' oppure della 'Costituzione'. Al contrario, *solo i giuristi* parlano di 'clausole generali' e parrebbero sapere qualcosa, o per lo meno avere una (più o meno vaga) idea, di quali entità giuridiche costituiscono il denotato della relativa espressione. Chiediamoci ora: cosa suggerisce tale "asimmetria informativa"?

La spiegazione, a prima vista, parrebbe semplice. Il sintagma 'clausola generale', infatti, fa parte d'un vocabolario *esclusivamente* settoriale, per soli addetti ai lavori. Un significato comune di 'clausola generale', banalmente, *non esiste punto* all'interno del linguaggio ordinario.

Si osservi, inoltre, come il sintagma 'clausola generale' si differenzia in modo rilevante da un'altra serie di vocaboli o locuzioni, pure specificamente giuridici e ampiamente estranei alla comunicazione ordinaria, come – ad esempio – 'enfiteusi', 'anatocismo', 'cautela sociniana' e così avanti. Questi ultimi, infatti, seppur verosimilmente sconosciuti alla più gran parte dei parlanti la lingua italiana, sono termini appartenenti al *diritto positivo*, che li definisce espressamente (e autoritativamente) nel loro significato tecnico. La formula 'clausole generali', al contrario, non appartiene (primariamente) al vocabolario tecnico-giuridico *del legislatore*³, bensì prevalentemente a quello *della dottrina*, vale a dire della letteratura giuri-

³ Il diritto positivo scritto raramente contempla nei suoi enunciati il sintagma 'clausola generale' (rimane un'eccezione isolata quella della l. 4 novembre 2010, n. 183, il cui art. 30, è rubricato «clausole generali e certifi-

dica specialistica e teorico-generale, e in misura minore e derivata a quello *della giurisprudenza*.

Già questo rilievo segnala qualcosa di significativo rispetto alle indagini che qui si prospettano. A differenza, ad esempio, della tematica generale dell'interpretazione dei documenti normativi, dove si può sensatamente discutere circa l'ampiezza della relativa "comunità epistemica"⁴, quando si riflette intorno alla *categoria* delle 'clausole generali' gli usi linguistici rilevanti sono *per definitionem* quelli dei soli giuristi: studiosi teorici in prima battuta e applicatori istituzionali (giudici soprattutto) in via subordinata.

L'assenza per un verso d'un significato comune "pregresso" e per altro verso d'una definizione "autoritativa" da parte del diritto positivo, dal canto suo, ha finito per lasciare a questi ultimi (giuristi) un fin troppo ampio "margine di gioco". Liberi dai suaccennati condizionamenti semantici, invero, gli studiosi del diritto e gli organi dell'applicazione si sono progressivamente sbizzarriti chiamando 'clausole generali' una massa alquanto imponente e spesso anche piuttosto eterogenea di disposizioni e/o di norme.

«Si ha l'impressione, occupandosi di diritto, di muoversi in una torre di Babele: ogni giurista ha un suo vocabolario personale, e dedica la maggior parte della sua opera a individuarne le differenze con quello degli altri», osservava più di quarant'anni or sono Luigi Ferrajoli⁵ in una più ampia prospettiva e l'attuale "stato dell'arte" in tema di clausole generali parrebbe offrire un'eloquente conferma di come la situazione non sia nel frattempo apprezzabilmente migliorata.

Per riprendere le parole d'esordio d'una (bella) monografia di Vito Velluzzi, infatti, «uno sguardo d'insieme alla letteratura e alla giurisprudenza in tema di clausole generali

cazione del contratto di lavoro») e, ad oggi, mai lo definisce nei suoi elementi costitutivi. Con specifico riferimento al suddetto articolo della l. 183/2010 (c.d. collegato lavoro) cfr. peraltro G. MAMMONE, *Le clausole generali e il controllo giudiziale dei poteri datoriali*, in G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, Giuffrè, 2017, 347, il quale evidenzia come «la definizione di *clausole generali* desumibile dalla formulazione della norma non corrisponde a quella propriamente adottata dalla dottrina».

⁴ La questione relativa a quali usi linguistici (dei soli giudici? anche dei giuristi? di tutti i consociati?) possano e/o debbano essere tenuti in considerazione per una "buona" teoria dell'interpretazione del linguaggio legislativo è intensamente dibattuta in dottrina e sarà parzialmente ripresa "in coda" a questo studio.

Per utili riferimenti cfr. A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011; M. BARBERIS, A. VIGNUDELLI, "Nuovi" dialoghi sull'interpretazione, Modena, Mucchi, 2013; G. PINO, *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine a 'Interpretazione e Costituzione' di Aljs Vignudelli*, in *Diritto e Società*, 2/2013, 353-373; A. VIGNUDELLI, «Non lo fo' per piacer mio...». Brevi osservazioni (e qualche ulteriore quesito) sull'"insostenibile" avalutatività dell'interpretazione giuridica, in *Diritto e Società*, 3/2013, 559-581; G. PINO, *Nobile sogno o pia illusione? Teoria e politica dell'interpretazione giuridica, ovvero: altre glosse ad Aljs Vignudelli*, in *Lo Stato*, 2/2014, 197-210; A. VIGNUDELLI, «Rigore è quando arbitro fischia»? Ovvero: (anche) con Pino monologo spesso, in *Lo Stato*, 2/2014, 211-231; IDEM, *Come un post scriptum. „Interpretazione e Costituzione“ tra Prequel e Sequel*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, n. 14/2014, 1013-1080. Più di recente sempre sul tema v. anche M. JORI, *Pragmatica giuridica*, Modena, Mucchi, 2016, nonché C. LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁵ L. FERRAJOLI, *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1970, 2.

evidenza, nella cultura giuridica italiana, una situazione articolata, ma soprattutto confusa»⁶. E questo segnatamente poiché – come si ha modo di leggere poco più oltre – «dottrina e giurisprudenza hanno dato vita [...] a una vera e propria babele lessicale, a una congerie di stipulazioni non proprio perspicue foriera di confusione e di sovrapposizioni concettuali, dove la terminologia ha assunto una diversificazione opaca e per lo più ingestibile, nella quale entra tutto e il contrario di tutto»⁷.

Ergo, pure se riguardate come *categoria* astratta le clausole generali “esistono” in modo strutturalmente incerto quanto ai rispettivi confini e caratteristiche costitutive. Il che, naturalmente, finisce poi per ripercuotersi, accrescendola in maniera circolare ed esponenziale, anche sulla difficoltà d’identificare concretamente le clausole generali come *fenomenologia normativa*.

3. ‘Clausole generali’: formazione e malformazione di un concetto

Nel paragrafo precedente s’è inteso mostrare che un discorso sulle clausole generali possa essere articolato (almeno) su due piani: quello delle clausole generali come concreta fenomenologia normativa e quello delle ‘clausole generali’ come categoria astratta. S’è inoltre evidenziato come questi due piani costituiscano delle variabili fortemente interdipendenti, poiché la definizione adottata di ‘clausola generale’ si ripercuote in modo decisivo sullo “spicchio” di realtà giuridica studiata *in quanto* clausola generale. Infine, s’è sottolineato come i margini d’incertezza della categoria ‘clausole generali’ siano ancor oggi assai ampi, con tutto quello che ne consegue in ordine alla difficoltà di svolgere riflessioni scientifiche realmente stringenti e perspicue sul tema.

Segnalare tale situazione e le connesse complicazioni, d’altro canto, non può bastare ai fini che qui ci occupano.

Si potrà anche dire, insomma, che il concetto ‘clausole generali’, considerato l’attuale *status quo*, si configura come uno strumento d’indagine molto indeterminato e che proprio per questo costituirebbe una prospettiva più feconda accedere a un livello di maggior specificazione del discorso. La consapevolezza circa la mera esistenza d’un problema, tuttavia, ancora non dice granché sulla direzione da seguire, né sulle strategie da adottare per risolverlo. Tutto ciò, infatti, richiede necessariamente e preliminarmente una conoscenza più approfondita della questione e soprattutto delle sue cause.

Id est, proprio perché in questa sede si auspica, se non un superamento, quantomeno una maggiore (e migliore) precisazione in più analitiche partizioni della macro-categoria ‘clausole generali’, quest’ultima andrà da un lato previamente identificata nel suo attuale pe-

⁶ V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, 1 (dello stesso testo è ora apparsa anche una traduzione in spagnolo di César E. Moreno More: *Las cláusulas generales. Semántica y política del derecho*, Puno-Perù, Zela, 2017).

⁷ *Ibidem*, 38.

rimetro e, dall'altro, adeguatamente indagata in ordine alle specifiche determinanti della sua perdurante vaghezza e/o genericità.

S'è già detto, in proposito, dell'appartenenza della categoria 'clausole generali' al linguaggio della dottrina (oltre che, in misura minore, a quello della giurisprudenza), alludendo insieme al fatto che esso (linguaggio) venga talora a configurarsi più come un *cháos* che come un *kósmos* a livello terminologico e definitorio.

Si tratta ora di riflettere con maggiore puntualità sul *perché* questo sia avvenuto, su cosa questo abbia implicato circa la ricostruzione della macro-categoria 'clausole generali' e sul *come*, in prospettiva, elaborare qualche possibile rimedio per i relativi problemi con un diverso approccio metodologico.

Il punto di partenza di questa riflessione credo non possa che essere il seguente. Se indentifichiamo il *significato* di un'espressione col suo *uso* da parte degli utenti della relativa comunità linguistica, dobbiamo anzitutto riconoscere che la formula 'clausola generale' viene utilizzata dai giuristi per riferirsi (in modo espresso o inespresso) a una casistica particolarmente ampia di (parti di) disposizioni/norme.

Tale considerazione vale a maggior ragione se ci atteniamo *sic et simpliciter* all'uso *medio* di questa espressione da parte dei giuristi, (uso) che dal canto suo non sarebbe affatto limitato ai casi in cui questi ultimi espressamente *definiscano* (in qualche modo) la categoria delle 'clausole generali', ma si estenderebbe pure a quelle ipotesi (numericamente assai più folte) in cui i giuristi semplicemente *utilizzino la formula* linguistica 'clausola generale'⁸.

⁸ Fin qui, come si vede, l'insieme dei comportamenti dei giuristi rilevanti per la ricostruzione della categoria 'clausole generali' è sempre quello in cui ricorre esplicitamente l'espressione 'clausole generali', vuoi perché essa sia semplicemente utilizzata (sul piano *linguistico*), vuoi perché essa sia espressamente definita (su un piano *meta-linguistico*).

Nutro viceversa maggiori perplessità, per lo meno a questo livello dell'analisi, in ordine alla proposta formulata da P. CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in *Giurisprudenza italiana*, (luglio) 2011, 1693, di estendere ulteriormente la classe dei comportamenti linguistici rilevanti dei giuristi anche là dove la formula 'clausole generali' *non* ricorra espressamente.

Più in particolare, Chiassoni contesta «un'indagine limitata [...] a ciò che gli operatori giuridici qui e ora dicono che le clausole generali siano (o non siano), piuttosto che rivolta anche a ciò che costoro fanno, di fatto, quando utilizzano disposizioni contenenti clausole generali in operazioni di accreditamento di soluzioni giuridiche» (*Ibidem*). E questo sulla base del rilievo che: «Il prezzo di permanere al livello delle dichiarazioni definitorie e di principio degli operatori giuridici, infatti, può essere quello di elaborare un concetto che si riveli poi superficiale rispetto all'esperienza giuridica: tale, di conseguenza, da costituire un punto di vista poco utile, se non addirittura fuorviante, in misura proporzionale al divario tra la nozione *on the books* e la nozione (o le nozioni) *in action*» (*Ibidem*).

La mia impressione, tuttavia, è che questo discorso contenga una petizione di principio. Per poter effettuare un'analisi pragmatica di come gli operatori giuridici utilizzino «disposizioni contenenti clausole generali», infatti, bisogna *prima* aver individuato la categoria astratta 'clausole generali' (pena il non poter conoscere quali disposizioni concretamente le contengano). E per individuare tale categoria, appartenente al linguaggio della dottrina, non vedo altra strada se non quella di considerare, appunto, (esclusivamente) ciò che i giuristi (in modo diretto o indiretto) *dicono* essere tali clausole generali, vale a dire quale significato assume il sintagma 'clausola generale' nei loro discorsi.

Seguendo questa linea d'analisi, verosimilmente l'unico tratto comune alla categoria degli oggetti denotati risulterebbe quello di rappresentare una occasionale deviazione al modello di norma "tipico" del positivismo ottocentesco (pretesamente) "impermeabile" rispetto ai contributi di altri sistemi normativi e agli apporti costruttivi dell'interprete (in particolare, del giudice)⁹.

Un risultato alquanto inappagante, e che giustifica pienamente, per lo meno agli occhi di chi scrive, l'opinione espressa da Vito Velluzzi in ordine a un approccio "onnicomprensivo" delle istanze linguistiche dei giuristi inclusive della formula 'clausole generali', secondo cui «Inseguirne i mille rivoli vorrebbe dire, con buona probabilità, perdere di vista gli aspetti più rilevanti, o attribuire a incisi sporadici o a esemplificazioni poco persuasive un peso eccessivo o un senso fuorviante rispetto agli intendimenti di chi le ha formulate e sproporzionato rispetto al dibattito in corso»¹⁰.

Bene (anzi: male). Ma ora domandiamoci anche: come mai?

Pur senza pretesa di esaustività, mi sentirei d'indicare qui una serie di "motivi notevoli", corrispondenti ad altrettante violazioni di quelle che Giovanni Sartori, in un suo istruttivo e benemerito volume sul metodo nelle scienze sociali¹¹, indica (e argomenta) come le "regole per la (corretta) analisi dei concetti".

1) Primo motivo: l'assenza di definizioni.

Come già anticipato, per lo più i giuristi e i giudici non danno delle *definizioni espresse* della categoria 'clausole generali', ma semplicemente si limitano a *utilizzare* tale espressione riferendosi esplicitamente/puntualmente (es.: «la clausola generale della 'utilità sociale' di cui all'art. 41, secondo comma, Cost.») o indirettamente/riassuntivamente (es.: «le clausole generali della c.d. Costituzione economica») a certe disposizioni o norme. Sicché, in tutti questi casi, la ricostruzione delle caratteristiche della categoria deve avvenire in modo congetturale ed induttivo, con la non lieve difficoltà di cogliere i tratti (implicitamente riconosciuti dal locutore come) essenziali delle (disposizioni e/o norme qualificate) come clausole generali¹².

⁹ Cfr. sul punto, *ex multis*, F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*, cit., 56-57; nonché da ultimo C. LUZZATI, *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi costituzionali e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 2017, 15 ss.

Per dirla con Paolo Grossi, insomma, le clausole generali si caratterizzerebbero per il loro «carattere di maledette eccezioni all'interno di un tessuto potenzialmente completo e percorso da una formidabile coerenza interiore» P. GROSSI, *Presentazione*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi costituzionali e clausole generali*, cit., X.

¹⁰ V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., 38.

¹¹ G. SARTORI, *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, il Mulino, 2011 (il riferimento è in particolare al capitolo V, intitolato appunto *Regole per l'analisi dei concetti*).

¹² Mi limito a segnalare e trascurare qui consapevolmente di approfondire nel dettaglio, come forse meriterebbe, la differenza tra le due situazioni di "uso senza previa definizione" del sintagma 'clausola generale' esemplificate nel testo. Basti qui dire che la prima («la clausola generale della 'utilità sociale' di cui all'art. 41, secondo comma, Cost.») "ostensivamente" esibisce l'oggetto cui corrisponde la nozione denotata dalla parola, mentre la seconda («le clausole generali della c.d. Costituzione economica») trascurava tale individuazione, dandola sostanzialmente per implicita. Le due ipotesi, pertanto, parrebbero mostrare un tasso di indeterminatezza crescente.

In presenza di termini o sintagmi, come nel caso di ‘clausola generale’, tutt’altro che univoci, è persino banale rilevare come l’assenza di definizioni implichi l’inosservanza d’una regola fondamentale della corretta comunicazione scientifica, vale a dire quella della “non equivocità informativa”.

Usare una parola senza definirla comporta, infatti, l’attribuzione *implicita* ad essa di un significato. Nessuna tragedia allorché la parola sia di per sé monosemica nel linguaggio in uso o comunque adeguatamente specificata dal contesto: il significato qui è sì implicito, ma ben definito *a priori* e comune sia all’emittente, sia ai destinatari della comunicazione. Tutt’altro discorso allorché la parola o la formula *non* abbiano una semantica sufficientemente determinata. In tal caso, invero, il significato resta implicito e ben definito *a priori* (nella misura in cui effettivamente lo sia) solo per l’emittente, ma non necessariamente risulta tale *a posteriori* per (e quindi automaticamente e correttamente condiviso da) i destinatari e in generale i fruitori del messaggio linguistico.

Segnatamente in queste ipotesi, «lo sfavore delle definizioni è davvero difficile da giustificare. Quando un autore evita di definire i suoi termini chiave, la probabilità è che la sua discussione verta sulla *parola*, non sul *concetto*. E in tal caso egli si espone, *inter alia*, al rischio di modificare i suoi significati nel corso della sua argomentazione. Questo non è un rischio da poco, a giudicare dal fatto che l’“incoerenza di significato” – l’errore di usare la stessa parola con significati diversi (fallacia dell’equivocazione) – è la più denunciata di tutte le fallacie»¹³.

2) Secondo motivo: il *guazzabuglio terminologico*.

Qui la confusione raggiunge vertici davvero notevoli, in entrambe le sue possibili linee di sviluppo.

Da un lato, infatti, si trovano spesso in letteratura e nella produzione giurisprudenziale tutta una serie di vocaboli e locuzioni che apparentemente parrebbero utilizzati come semplici sinonimi del sintagma ‘clausole generali’: *più nomi* (diversi) per *un* (medesimo) *concetto*.

Non solo ‘clausole generali’, dunque, ma anche – senza pretesa d’esaustività – ‘conetti valvola’¹⁴, ‘valvole di sicurezza’¹⁵, ‘organi respiratori’¹⁶ o ‘di adeguazione’¹⁷, norme o di-

Entrambe, tuttavia, ed è questo il tratto che giustifica la loro trattazione comune ai fini che qui ci occupano, sembrerebbero sollevare delicati problemi nella ricostruzione della categoria astratta, rendendo incerto il relativo procedimento.

¹³ G. SARTORI, *La torre di Babele*, in IDEM, *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, cit., 133.

¹⁴ (*Ventilbegriffe*). V. K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, II ed., Wien-Leipzig, Moritz Perles, 1924, 86.

¹⁵ (*Sicherheitsventile*). V. O. WENDT, *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, Mohr, 1906, 106 ss.

¹⁶ V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, in *Atti del Regio Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, Venezia, 1908, 60.

¹⁷ D. DONATI, *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*, Milano, Società editrice libraria, 1910, 210.

sposizioni 'in bianco'¹⁸, 'nozioni a contenuto variabile'¹⁹, 'standard'²⁰, 'standard valutativi'²¹, 'formule aperte'²², 'norme a contenuto indeterminato'²³, 'disposizioni di legge elastiche'²⁴, 'formulazioni elastiche'²⁵, 'concetti giuridici indeterminati'²⁶ e così avanti²⁷.

Già se si considerassero queste parole come veicoli di un *identico* significato non ci sarebbe molto di cui rallegrarsi. Secondo la (qui violata) "regola di nominare (solo) l'innominato", infatti, «non c'è nessuna ragione per creare nuove parole (...) finché non individuiamo nuovi fenomeni o cose ancora non denominate»²⁸, laddove per la (qui ancor più intensamente disattesa) "regola della prova contraria", «l'onere della prova ricade sul proponente di ciò che, altrimenti, si potrebbe rivelare un "superfluo denominare"»²⁹.

La situazione del resto certamente non migliora quando, dall'altro lato, ci troviamo di fronte pure all'uso della medesima formula ('clausole generali', ma anche le altre appena incontrate) per indicare fenomeni (in tutto o, come più frequentemente accade,) in parte differenti: *un (medesimo) nome per più concetti (diversi)*³⁰.

¹⁸ (*Blankettvorschriften*). E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1879, 19 ss.

¹⁹ C. PERELMAN, R. VANDER ELST (a cura di), *Les notions a contenu variable en droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1984.

²⁰ M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, Giappichelli, 1989, 311-344.

²¹ A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Rivista di diritto civile*, I/1987, 1-20.

²² G. ALPA, *Le formule aperte*, in IDEM (a cura di), *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, Torino, UTET, 2000, 103 ss.

²³ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 3/2011, 345-378.

²⁴ F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, Jovene, 1983, 1 ss.; nonché E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro Italiano*, I/1999, 3558-3569.

²⁵ S. RODOTÀ, *Le clausole generali*, in AA.VV., *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, I, Torino, UTET, 1991, 392.

²⁶ (*Unbestimmte Rechtsbegriffe*). *Ex plurimis*, v. per tutti K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken* (1968), trad. it. di A. Baratta e F. Giuffrida Répaci, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970, 170 ss.

²⁷ Così avanti da far giustamente osservare a F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Rivista critica di diritto privato*, 3/2011, 380: «se il dibattito anglosassone sembra soffrire di una certa semplicità e ripetitività degli argomenti, altrettanto non si può dire per quello continentale, che soffre del vizio opposto. Qui i poli del discorso non sono due o tre, ma una quantità pressoché illimitata. [...] Tanti nomi per dire la stessa cosa o tante cose diverse?».

²⁸ G. SARTORI, *La torre di Babele*, cit., 139.

²⁹ *Ibidem*, 140.

³⁰ Giova comunque precisare che la situazione più frequente legata all'uso semanticamente fluttuante della medesima locuzione 'clausole generali' non è quella di trovarsi di fronte a concetti fra loro *disconnessi* e tuttavia (incomprensibilmente) rubricati alla stessa maniera. La molteplicità di concetti di 'clausole generali', insomma, non implica solitamente casi di *omonimia* della relativa rubrica, tali per cui alla locuzione 'clausole generali' corrisponderebbero più significati fra loro *totalmente irrelati*. Più spesso, per non dire quasi sempre, nei casi in cui la locuzione 'clausole generali' è stata spesa con significati diversi all'interno del linguaggio giuridico, la dottrina viceversa ha finito per chiamare con lo stesso nome ('clausole generali') categorie di (parti di) norme o di disposizioni con caratteristiche *simili* e per lo meno *parzialmente coincidenti*.

In questo caso non si danno denominazioni semplicemente “ridondanti”, in quanto “cloni” superflui di ciò che già esiste. Piuttosto, e soprattutto, si entra in rotta di collisione con le più basilari cautele metodologico/linguistiche³¹, fatalmente accrescendo il rischio d’incorrere in autentiche equivocazioni lessicali³²: quando si usano *le stesse parole*, invero, è decisamente più facile illudersi di parlare pure *della stessa cosa*.

Si può per il momento sorvolare sulla questione squisitamente “tecnica” relativa al fatto che questa pratica abbia reso il sintagma ‘clausole generali’ *ambiguo* (in un senso stretto, non inclusivo dell’omonimia)³³ o solo combinatoriamente *vago*³⁴. Quale che sia l’esatta qualificazione linguistica della situazione così creatasi, invero, resta che, quando ci si trovi di fronte all’uso della medesima formula (‘clausole generali’), disgraziatamente non si potrà presumere che i relativi locutori abbraccino la medesima nozione e dunque si riferiscano al medesimo oggetto.

Non solo. La presenza di più parole diverse per indicare lo stesso “frammento” di realtà giuridica, e insieme, contemporaneamente, l’uso di parole uguali per denotare fenomeni tra loro diversi produce – disgraziatamente – anche un altro e più insidioso *collateral damage*. Infatti, «troppo ribattezzare a proprio piacimento, comporta non soltanto una impre-

³¹ Opportunamente ricordate da A. PINO, *La ricerca giuridica. Finalità – oggetto – metodo*, Padova, Cedam, 1996, 216-217, dove si parla dei rischi connessi all’«inosservanza di due regole fondamentali: la regola metodologica della denominazione e la regola linguistica della significazione», che giova qui richiamare almeno per stralci.

Secondo la *regola della denominazione* (*ivi*, 217) «lo studioso che vuole svolgere le indagini richieste dalla ricerca che si propone, non si può arrestare alla espressione linguistica, con la quale si usa designarle, ma deve dapprima individuare quali esse siano, verificarle e infine stabilirne la denominazione. [...] Alla denominazione si giunge successivamente, mediante una scelta del segno linguistico, effettuata liberamente con regole d’uso o con regole genericamente o specificamente convenzionali, ma sempre in modo che la medesima denominazione non si riferisca ad altre indagini, relative alla stessa area disciplinare o predisposte per finalità e oggetto diversi. [...] Non vi sarebbe alcuna utilità e non si guadagnerebbe neppure in chiarezza, dal momento che a significati diversi rigore richiede parole diverse e non si possono designare simultaneamente e con la medesima espressione linguistica indagini ricognitive che appartengono alle ricerche scientifiche e riflessioni speculative che appartengono alle discipline filosofiche, senza con ciò ingenerare equivoci e confusioni».

³² Sul danno comunque cagionato da tale “superfluità”, cfr. peraltro ancora G. SARTORI, *La torre di Babele*, cit., 139, dove si esplicita la c.d. clausola anti-sinonimia: «salvo prova contraria, nessuna parola deve essere usata come sinonimo di un’altra parola. Considerata la nostra penuria terminologica, *questa pratica rappresenta un intollerabile spreco nell’economia del linguaggio e nuoce all’articolazione del pensiero*» (corsivo mio).

³³ In questo senso espressamente C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, 305; nonché V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 1.

³⁴ Per la nozione di *vaghezza combinatoria* cfr. W.P. ALSTON, *Philosophy of Language* (1964), trad. it. di G. Sandri e R. Simili *Filosofia del linguaggio*, Bologna, il Mulino, 1971, 139-143. Essa sarebbe la caratteristica, propria di un medesimo termine (qui, della locuzione ‘clausole generali’) di riferirsi contemporaneamente alla categoria α con le caratteristiche x e y , alla categoria β con le caratteristiche x e z , alla categoria γ con le caratteristiche y e z . Come si potrà notare da questa rappresentazione (necessariamente “stilizzata”), ciascuna categoria qui ha *una caratteristica in comune* con una delle altre categorie, ma non c’è *nessuna* caratteristica comune a *tutte* le categorie. In ambito giuridico cfr. in proposito M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2003, 93.

cisa identificazione degli oggetti, ma anche uno scompiglio dell'intero campo al quale l'oggetto appartiene»³⁵.

La qual cosa, com'è ovvio, non manca puntualmente di ripercuotersi sulla fecondità, sull'esattezza e talvolta sulla possibilità stessa dell'opera di sistematizzazione concettuale in tema di 'clausole generali'.

3) Terzo motivo: la *pseudo-classificazione*.

I problemi segnalati in precedenza sono infatti il preludio alla successiva "Fatamorgana" nella costruzione del concetto: la mancata classificazione o – il che, spesso, *est error peior priore* – una classificazione soltanto apparente da parte della più diffusa dottrina.

Giova a tal riguardo ricordare come «un trattamento classificatorio richiede, e conduce a, classi *mutualmente esclusive* di oggetti o eventi che cadono in una classe o in un'altra. L'altra condizione è che una classificazione dovrebbe essere esauriente: una condizione che si può facilmente rispettare aggiungendo la classe residuale "altro". Ciò che più conta è che l'analisi classificatoria presuppone almeno *un criterio*. Quando due o più criteri vengono combinati assieme, allora si parla, o si dovrebbe parlare, di "tassonomia". Le classificazioni e le tassonomie dovrebbero essere attentamente distinte dalle mere enumerazioni di oggetti o dalle *checklists*, cioè di liste di oggetti da spuntare. Queste liste, sebbene siano pratiche, ostacolano l'accumulazione della conoscenza»³⁶.

In altre parole, la *classificazione* di un certo insieme di dati, che costituiscono gli elementi di un insieme A, presuppone la creazione di due o più sottoinsiemi $A_1, A_2... A_n$ tali, nel loro complesso, da ricomprendere *tutti* gli elementi dell'insieme principale A (solo a questa condizione la classificazione è esauriente), nonché *privi di intersezioni reciproche*, ovvero di elementi comuni a due o più sottoinsiemi (solo a tale condizione le classi sono mutualmente esclusive).

Ebbene, se questo è vero, bisogna allora malauguratamente riconoscere che non un rigoroso approccio insiemistico/classificatorio, bensì proprio e solo la creazione di semplici *checklists* parrebbe contraddistinguere la più diffusa letteratura in tema di clausole generali.

³⁵ G. SARTORI, *La torre di Babele*, cit., 103, dove così efficacemente si esemplifica: «Se definiamo 'mammifero' come 'avere notevoli mammelle' o se rimpiazziamo il termine 'mammifero' con la parola 'mammellato', allora le balene potrebbero essere considerate pesci e la zoologia si dovrebbe riorganizzare».

Ne sintetizza bene gli effetti nel caso di specie E. FABIANI, (voce) *Clausola generale*, in *Enc. Dir.*, Annali, V, Milano, Giuffrè, 2012, 213, là dove, con specifico riferimento alla presenza di più formule alternative rispetto alla locuzione 'clausole generali', rileva come «dette nozioni non vengono [...] assolutamente utilizzate in modo uniforme, né vi è uniformità di vedute in ordine alle eventuali peculiarità proprie del fenomeno giuridico sotteso alle suddette nozioni, con la conseguenza che le stesse, se talvolta sono indifferentemente utilizzate per designare, nella sostanza, un medesimo fenomeno giuridico, più spesso, invece, nella ritenuta sussistenza di un suo atteggiarsi in modo peculiare a seconda dei casi, sono utilizzate in una differente accezione, proprio al fine di rimarcare dette peculiarità/differenze. Ma anche qualora ci si muova in quest'ultima prospettiva, indubbiamente prevalente, non vi è comunque uniformità di vedute né sulle peculiarità che contraddistinguerebbero il fenomeno giuridico in esame nelle sue differenti possibili forme, né sulla terminologia più appropriata per designare queste differenti possibili forme e le peculiarità proprie di ciascuna di esse».

³⁶ G. SARTORI, *La torre di Babele*, cit., 105.

Sicché ad aver interessato la categoria delle 'clausole generali' parrebbe soltanto una *pseudo*-classificazione. Nella sua opera di sistematizzazione, infatti, la dottrina "classica" sembrerebbe aver fallito (oltre che, quasi sicuramente, nella creazione di categorie nel loro complesso esaustive, sicuramente) nell'impresa di individuare classi mutualmente esclusive.

Ciò vale, con tutta evidenza, per l'inquadramento delle clausole generali rispetto alle categorie limitrofe (concetti giuridici indeterminati, concetti normativi, potere discrezionale) accomunate, secondo l'insegnamento tradizionale, dal loro essere tutte una particolare «metodologia della legislazione» prevista per il caso di un «allentamento del vincolo dei tribunali e degli organi amministrativi alla legge»³⁷.

Basti leggere, a tal riguardo, l'osservazione per molti versi stupefacente d'un autentico testo di riferimento in materia qual è la notissima *Introduzione al pensiero giuridico* di Karl Engisch: «in realtà le clausole generali, da un punto di vista metodologico, *non posseggono una struttura propria*. Esse non rendono necessario alcun particolare procedimento logico accanto a quelli richiesti dai concetti indeterminati, normativi e discrezionali. In ogni caso le clausole generali aumentano il distacco presentato da quegli altri concetti nei confronti dei loro concetti correlativi, quali i concetti determinati, e così via. *Questa è però una differenza di grado, non di specie*»³⁸.

È un vero peccato però che, così facendo, *per definizione* ci si sottragga alla "logica disgiuntiva" (*aut aut*) propria della (autentica) operazione classificatoria. Quest'ultima, infatti, esige la creazione di più classi *qualitativamente* distinte (da cui la mutua esclusività), mentre, nel momento stesso in cui s'inizia a discorrere di differenze "quantitative" e/o "di grado", *per necessità logica* si deve dare per acquisito che ci si muove all'interno della *medesima classe*³⁹.

Ancor più inquietante, del resto, è osservare come la medesima (cattiva) logica pseudo-classificatoria venga talora utilizzata dalla dottrina non soltanto per differenziare la categoria 'clausole generali' da altre (concetti giuridici indeterminati, concetti normativi, potere

³⁷ Le citazioni sono tratte da K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 170.

³⁸ *Ibidem*, 197 (corsivi miei). E cfr. anche *ivi*, 194 («indubbiamente la diversità fra il metodo casistico e quello delle clausole generali è soltanto relativa») e 196 («Dobbiamo ora chiederci come si comportano le "clausole generali" nei confronti dei concetti indeterminati, dei concetti normativi e di quelli discrezionali. Hanno un significato particolare? Dovremo ammettere di sì, ma solo in modo relativo»), laddove l'insistenza sulla "relatività" del tratto differenziale delle clausole generali rispetto a categorie affini è nuovamente da intendersi come sinonimo di differenza soltanto "parziale" (ammettendosi dunque aree di sovrapposizione) e/o "quantitativa" (non qualitativa).

³⁹ Cfr. ottimamente G. SARTORI, *Malformazione dei concetti in politica comparata*, in *IDEM, Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, cit., 21: «la logica disgiuntiva (o questo o quello) è la logica della classificazione. Le classi devono essere mutualmente esclusive, nel senso che i concetti di classe rappresentano caratteristiche che una fattispecie deve avere *oppure non avere*. Pertanto, quando confrontiamo due oggetti, occorre innanzitutto stabilire se appartengono o non appartengono alla stessa classe, se possiedono o non possiedono uno stesso attributo. Se lo possiedono, e soltanto in questo caso, li possiamo confrontare in termini di *più o meno*. Dal che si ricava che la logica della gradazione appartiene alla logica della classificazione. Passando da una classificazione a una gradazione, passiamo da segni *uguale-diverso* ai segni *uguale-maggiore-minore*, e cioè introduciamo una differenziazione quantitativa all'interno di una similarità qualitativa (di attributi). Perciò il segno *uguale-diverso* stabilito dalla logica di classificazione è la condizione di applicabilità dei segni *più-meno*».

discrezionale) potenzialmente *affini*, come nelle ipotesi evocate pocanzi, ma anche per caratterizzarla attraverso l'identificazione di categorie ipoteticamente *opposte*. È questo il frequente caso, appunto, della dicotomia concettuale – come vedremo, analiticamente fuorviante – tra clausole “generalì” e le altre contrapposte norme qualificate come “puntuali”, “determinate” o “casistiche”.

A destare più che giustificate perplessità, qui non è, *in sé e per sé*, la frequente qualificazione soltanto “in negativo” della categoria ‘clausole generali’, valevole cioè a distinguerla in rapporto all’*assenza* nelle relative norme di caratteristiche (determinatezza, “chiusura” della fattispecie, rigidità, giuridicità in senso stretto e via dicendo) viceversa riscontrabili nelle norme per così dire “ordinarie”⁴⁰.

Anche una qualificazione in negativo, infatti, può valere come una classificazione. A patto però di rispettare la «distinzione capitale tra: a) concetti qualificati *ex adverso*, cioè dichiarando cosa *non* sono; b) concetti *senza contrario*. Questa distinzione risale al noto principio per cui *omnis determinatio est negatio*. Principio dal quale discende che un universale provvisto di contrario è sempre un concetto *determinato*, laddove un universale senza negazione diventa un concetto *indeterminato*»⁴¹.

Disgraziatamente, proprio un concetto *radicalmente indeterminato* di ‘clausole generali’ è quello che il più delle volte emerge quando si pretende di configurare tale categoria per opposizione, come ad esempio nella classica definizione di ‘clausola generale’ quale «concetto contrapposto ad una costruzione “casistica” della fattispecie»⁴².

Pure in questi casi, invero, si arriva sovente a concludere che «l’opposizione tra regola casistica e clausola generale è [...] distinzione *di ordine quantitativo*, non di essenza, poiché l’apporto dell’interprete alla costruzione della norma individuale non è sostanzialmente diverso secondo che la norma stessa contenga o meno una clausola generale»⁴³.

Solo che così, come già si osservava poco più sopra, è segnatamente la (qualifica della categoria per mezzo della) negazione che viene a mancare. La negazione di un concetto, infatti, presuppone necessariamente una differenza *qualitativa*, che consenta di distinguere in modo netto (= binario) ciò che è “casistico” da ciò che è “generale”. Trasformare l’opposizione casistico/generale in un *continuum* qualitativamente omogeneo implica l’assenza d’un autentico contrario concettuale e con essa pure la possibilità stessa di classificare nel senso proprio del termine (legata, si torna a dire, alla capacità di distinguere in classi tra loro qualitativamente diverse e *pertanto* mutualmente esclusive).

⁴⁰ Su questo profilo insiste particolarmente A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, 539: «non esiste [...] convergenza di opinioni sulla loro precisa struttura, sul rapporto con le altre norme dell’ordinamento. Una definizione della ‘clausola generale’ può essere data più in negativo che in positivo»; cfr. anche IDEM, *Delle obbligazioni in generale*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro Italiano, 1988, 305 ss.

⁴¹ G. SARTORI, *Malformazione dei concetti in politica comparata*, cit., 30.

⁴² K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 192.

⁴³ Così A. GUARNERI, *Le clausole generali*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II, *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, Torino, UTET, 1999, 152.

4) Quarto motivo: la *pseudo-quantificazione*.

A ciò s'aggiunga, a titolo d'appendice, che neppure la ricorrente qualificazione "quantitativa" delle clausole generali (all'interno di una categoria omogenea di norme) parrebbe essere stata condotta col dovuto scrupolo metodologico.

Sostenere che la categoria delle 'clausole generali' denoterebbe (parti di) disposizioni o di norme "maggiori in qualcosa" (ad esempio: *più* indeterminate, *più* vaghe, *più* valutative, *più* generiche, *più* ambigue e avanti in questo modo) rispetto ad altre finisce infatti per esaurirsi in una semplice valutazione "a spanne" qualora poi non si fornisca alcuno *strumento* o *criterio di misurazione* di questa maggior quantità⁴⁴.

Altrimenti detto, in assenza dell'indicazione di tali strumenti o criteri da parte del "quantitativista", «l'uso incessante dell'espressione "è solo una questione di grado", così come il frequente ricorso all'immagine del continuum, ci lascia esattamente dove eravamo, e cioè a un discorso qualitativo affidato a stime impressionistiche che non ci avvicina di un solo millimetro alla quantificazione»⁴⁵.

Una volta sposato l'approccio quantitativo, e dunque assumendo che la classe 'clausole generali' sia contraddistinta da una maggiore presenza d'un certo attributo comune a una più ampia classe di norme omogenee, le domande che fatalmente incalzano sono: *quanto* maggiori? Misurate secondo *quale* indicatore? In rapporto a *quale* scala?

Il "quantitativista-tipo" su tali quesiti tace, forse perché nemmeno se li pone. Eppure dovrebbe. Anche perché, per dirla sempre con Giovanni Sartori, «a forza di civettare (se non barare) con un verbalismo quantitativo, abbiamo anche finito per offuscare il significato vero della stessa quantificazione. Il confine tra l'abuso e l'uso corretto del termine 'quantificazione' è netto: la quantificazione comincia con i numeri, e quando i numeri sono usati *per* e *con* le loro proprietà aritmetiche»⁴⁶.

Purtroppo, è appena il caso di dirlo, *assolutamente nulla* di numerico⁴⁷ parrebbe preso in carico da chi propone una caratterizzazione quantitativa delle clausole generali. Anzi,

⁴⁴ La questione dell'inquadramento classificatorio della categoria delle 'clausole generali' secondo un modello "gradualistico/quantitativo" è da tenere distinta dalla possibilità e dall'opportunità (o meno) di una più o meno ampia discrezionalità dell'operatore giuridico "pratico" nel momento in cui egli sia chiamato a determinare il contenuto di una clausola generale con riferimento a un caso concreto. L'uno è un problema *concettuale* e *astratto*, di *teoria* del diritto, l'altro uno *pratico* e *concreto*, di *diritto positivo* e di *politica del diritto* e la soluzione dell'uno non implica quella dell'altro: ben si potrebbe criticare la tendenza ad una classificazione soltanto "quantitativa" delle clausole generali rispetto alle restanti norme da parte della dottrina, infatti, contemporaneamente auspicando che all'interprete sia concessa o da concedere una maggiore "libertà costruttiva" nell'applicare le clausole generali nella soluzione di concrete controversie (magari al fine di una loro soluzione "giusta", "proporzionata" o "ragionevole"). Queste pagine, deliberatamente, si concentrano soltanto sul primo corno del problema, lasciando impregiudicata l'impostazione del secondo.

⁴⁵ G. SARTORI, *Malformazione dei concetti in politica comparata*, cit., 18.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Ma neppure di "scalare" inteso in un senso rigoroso del termine. Cfr. sul punto, in ordine alla possibile alternativa "intermedia" tra un ragionamento quantitativo impostato sui numeri e un ingovernabile approccio quantitativo "impressionistico" C. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, 168-169 (e nt. 95), dove si esemplifica la possibilità di trattare in modo seriamente comparativo per il tramite di una scala, come quella di durezza di Mohs, «la quale mette in ordine dieci minerali di riferimento [...] basandosi sul fatto che il minerale che segue è relativamente più duro di quello che lo precede nell'elenco, essendo in grado di

l'impressione è che spesso (per non dire quasi sempre) proprio la "via quantitativa", invece di risultare l'*esito finale* d'un esame rigoroso, verificato al termine d'un percorso di ricerca che mano a mano abbia escluso ogni altra e più proficua ipotesi classificatoria, costituisca viceversa il più comodo dei *presupposti* per seppellire l'indagine qualitativa senza averla neppure seriamente cominciata.

Cui prodest?

Si attende puntuale riscontro da chi di competenza. Nel frattempo – però – e fino a prova contraria, non c'è motivo per non ritenere tuttora risolutive in proposito le parole di Vezio Crisafulli, quando causticamente osservava come «non è baloccandosi con simili pseudo-distinzioni quantitative, che si può sperare di raggiungere altro risultato se non una poca piacevole confusione di idee, in fin dei conti, peggio che inutile, dannosa nella pratica»⁴⁸.

5) Quinto motivo: il *malinteso struttural-funzionalista*.

Last but not least. È un filo conduttore della riflessione dottrinarica intorno alle clausole generali, il tentativo di caratterizzare la relativa categoria non soltanto per le caratteristiche *strutturali* delle relative (parti di) disposizioni o di norme, bensì anche – e sovente soprattutto – per i loro connotati *funzionali*. In tal modo l'attenzione si sposta dal *cosa sono* (strutturalmente) al *cosa servono* (funzionalmente) le clausole generali, a quale sia il loro "ruolo" (ideale o effettivo) all'interno della più ampia architettura giuridica nella quale esse s'inseriscono⁴⁹.

L'elenco degli autori che si sono accostati in tal modo alla trattazione della "nostra" categoria è affollato da nomi autorevoli. Basti pensare alle note definizioni di Karl Georg Wurzel e di Otto Wendt in termini, rispettivamente, di «concetti valvola» (*Ventilbegriffe*)⁵⁰ e di «valvole di sicurezza» (*Sicherheitsventile*)⁵¹ – cui su sponda italiana facevano eco Donato Donati e Vittorio Polacco scrivendo il primo di «organi di adeguazione»⁵² e il secondo di «organi [...] respiratori»⁵³ – e di lì fino a giungere alla celeberrima (e già citata) proposta classifi-

scalfirlo, ma non venendone a sua volta scalfito». Va da sé che nulla di simile avviene nell'approccio gradualistico pseudo-quantitativo talora adottato in tema di clausole generali.

⁴⁸ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 106.

⁴⁹ Cfr. G. SARTORI, *Malformazione dei concetti in politica comparata*, cit., 40: «quando diciamo che la struttura "ha funzioni", in realtà siamo interessati alla sua *ratio essendi* e quindi a strutture che esistono perché hanno un fine, un obiettivo o un compito. Perciò, a dispetto di ogni camuffamento terminologico, la sostanza è che 'funzione' è un concetto teleologico, che investe una relazione tra *mezzi* e *fini*. Più esattamente, funzione è l'attività di una struttura – il mezzo – a fronte dei suoi fini. Questi fini possono essere intesi descrittivamente, e cioè risultare dalla dinamica endogena della struttura considerata e investire soltanto le mansioni effettivamente espletate; ovvero possono essere intesi prescrittivamente, alla luce dei cosiddetti "fini istituzionali", o comunque dei fini che una struttura *dovrebbe* perseguire».

⁵⁰ K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, cit., 86: «concetti la cui funzione principale consiste nell'approntare una categorizzazione per l'imprevisto, nel prestare al diritto una certa flessibilità, una capacità di adattamento [...] Io li definisco concetti valvola (*Ventilbegriffe*), perché essi sono paragonabili a delle valvole di sicurezza».

⁵¹ O. WENDT, *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*, cit., 106 ss.

⁵² D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., 210.

⁵³ V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, cit., 60: «sono poi nel corpo delle patrie leggi degli organi che vorrei dire respiratori perché gli consentono di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, sì che si adattano con suf-

catoria di Karl Engisch d'intendere le clausole generali come una particolare "tecnica legislativa" adottata al fine d'ottenere un «allentamento del vincolo dei tribunali e degli organi amministrativi alla legge»⁵⁴.

Come si può notare, un simile tipo d'analisi parrebbe inquadrare la classe delle 'clausole generali' come *mezzo* per realizzare un certo *fine* all'interno dell'ordinamento, solitamente identificato in quello di renderlo maggiormente "flessibile" e "aperto" a determinate esigenze "evolutive" manifestatesi in seno alla società e/o allo stesso diritto.

Niente di male, s'intende, se quest'ultimo (fine) aiutasse a comprendere meglio le caratteristiche dello strumento prescelto per realizzarlo (nel nostro caso: le clausole generali) o se – detto altrimenti e più in generale – lo studio funzionale di un fenomeno andasse *effettivamente* a integrare la sua analisi strutturale, essendo a sua volta da essa *proficuamente* completato.

L'approccio struttural-funzionalista, tuttavia, sta e cade proprio con la condizione da ultimo indicata. Più specificamente, esso (approccio) funziona malissimo nel momento in cui la riflessione funzionale diviene di fatto una scusa per *non* approfondire le caratteristiche strutturali del fenomeno. E non funziona punto allorché la genericità della riflessione funzionale si trasmette – a mo' di contagio – a quella strutturale, dimodoché, più che chiarirsi a vicenda, i due percorsi confluiscono inevitabilmente nella bancarotta del pensiero logico: *obscurum per obscurius, ignotum per ignotius*.

In tale ipotesi, purtroppo tutt'altro che infrequente, «lo studioso struttural-funzionalista è uno studioso zoppo. Lo struttural-funzionalista non cammina su due gambe, ma su una gamba sola. Fuor di metafora, egli non lavora su due termini che sono davvero *due* – la struttura per come riopera sulla funzione – ma piuttosto su strutture che restano inestricabilmente impigliate nelle loro attribuzioni funzionali. Donde un giro vizioso»⁵⁵.

Segnatamente questo – manco a dirlo – è fin troppo spesso accaduto nella riflessione sulle clausole generali, la quale il più delle volte si è limitata a segnalare una *generica* capacità d'adattamento garantita dalle clausole generali all'ordinamento giuridico attraverso una *altrettanto generica* apertura al meta-giuridico operata da queste ultime, senza tuttavia indagare realmente la specifica struttura interna delle relative (parti di) disposizioni e/o norme.

Per dirla con Ernesto Fabiani, insomma, «la dottrina, se è abbastanza compatta nell'indicare quella che è la funzione svolta dalle clausole generali nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico, è invece profondamente divisa nel delineare gli elementi identifi-

ficiente elasticità e rapidità di ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda». La metafora delle clausole generali come 'organi respiratori' sarà in séguito ripresa anche da P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Torino, Fratelli Bocca, 1920, II, 82, il quale parlerà di strumenti «che consentono al diritto codificato di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, sì che si adatti con sufficiente elasticità e rapidità il ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda».

⁵⁴ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 170.

⁵⁵ G. SARTORI, *Malformazione dei concetti in politica comparata*, cit., 41.

cativi delle clausole generali sul piano strutturale; non è per nulla affatto pacifico, in altri termini, a mezzo di quale struttura le clausole generali svolgano detta funzione»⁵⁶.

Peccato che, procedendo in tal maniera, il concretissimo rischio è di (pensare di) sapere *cosa* fanno (o cosa dovrebbero fare) le clausole generali prim'ancora di (e forse senza) capire *come* lo fanno (o come lo dovrebbero fare). E allora è proprio vero che, pure qui, «abbiamo incominciato a correre senza ancora avere imparato a camminare»⁵⁷.

4. Lo stato attuale: l'approdo al macro-concetto di 'clausola generale'

Se si è seguito il ragionamento finora articolato, due risultati possono ritenersi acquisiti. Da una parte si può meglio comprendere *perché* la locuzione 'clausola generale' abbia potuto essere utilizzata da giudici e giuristi con riferimento a un insieme sproporzionatamente vasto ed eterogeneo di (parti di) disposizioni e/o norme. Dall'altra parte credo si possa non solo facilmente ma anche *legittimamente* concludere che, sotto il profilo metodologico della (corretta) formazione dei concetti, "così non può andare".

Eppure, sotto il profilo fattuale della registrazione dell'esperienza, così è (lungamente) andata e (in buona parte) ancora continua ad andare, al punto da non far ritenere *tanto* invecchiato, pur a trent'anni di distanza, il celebre commento di Luigi Mengoni secondo cui «la materia delle clausole generali attende ancora una sistemazione teorica definitiva sia sul piano dell'elaborazione di appropriati modelli argomentativi, sia sul piano dogmatico»⁵⁸.

Di tale situazione, allo studioso del fenomeno animato da finalità esclusivamente descrittive, non resta che prendere atto e dare conto. Margini di manovra un poco più ampi, tuttavia, si offrono al teorico che non si limiti a una semplice ricognizione degli usi linguistici e delle definizioni di giuristi e giudici, bensì operi anche con finalità ulteriori, di stampo prudentemente terapeutico rispetto alla "baraonda" riscontrabile nell'utilizzo medio della locuzione 'clausole generali' e/o alla tradizionale riflessione teorica sul relativo concetto.

In tal senso, la via seguita dalla dottrina più sensibile è stata quella di coniugare, tramite una metodologia cautamente selettiva, l'approccio "contenutistico-concettuale" con quello "denotativo" in ordine al significato del sintagma 'clausole generali'. Per ricostruire al meglio la sua *intensione*, vale a dire il *contenuto cognitivo*, si è pertanto partiti dalla sua *estensione*, cioè dal suo *ambito di riferimento*, procedendo però all'analisi e alla sistemazione delle caratteristiche proprie non (tanto) *di tutte* e neppure *della maggiore parte* delle disposizioni o delle norme concretamente chiamate 'clausole generali' da parte dei giuristi o dei teorici del diritto⁵⁹, bensì (soltanto) *dei casi paradigmatici* di tale categoria.

⁵⁶ E. FABIANI, (voce) *Clausola generale*, cit., 213.

⁵⁷ G. SARTORI, *Malformazione dei concetti in politica comparata*, cit., 23.

⁵⁸ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1986, 8.

⁵⁹ Mi trovo del resto in perfetta consonanza con la (già citata) osservazione di V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 38, quando fa notare come «dottrina e giurisprudenza hanno dato vita [...] a una vera e propria babele lessicale, a una congerie di stipulazioni non proprio perspicue foriera di confusione e di sovrapposizioni concettuali, dove la terminologia ha assunto una diversificazione opaca e per lo più ingestibile, nella quale entra tutto

Si sono così riviste e “affinate”, dal punto di vista contenutistico e strutturale, le tradizionali definizioni di ‘clausole generali’ sulla base di quel sottoinsieme di disposizioni/norme che, in linea di massima, pressoché *tutti* i giuristi sarebbero “istintivamente” disposti a riconoscere come appartenenti alla categoria (‘clausole generali’)⁶⁰.

Render conto in modo esaustivo dei singoli autori cimentatisi in quest’opera di progressiva sistematizzazione esula le ambizioni di questo scritto⁶¹. Mi limito dunque ad annotare come, se in proposito la riflessione della dottrina privatistica è sufficientemente nota⁶², su sponda giusfilosofica italiana vanno ricordati soprattutto i significativi contributi di Claudio Luzzati, che per primo ha indagato la natura semiotica del rinvio “esterno” delle clausole generali alla dimensione delle norme sociali⁶³, e più recentemente di Vito Velluzzi, il quale ha ulteriormente approfondito la questione, evidenziando (tra le altre cose) il possibile rinvio anche “interno” alla dimensione giuridica proprio di alcune clausole generali⁶⁴.

Ho a mia volta tentato di riassumere – con piccolissime modifiche e minime precisazioni – le risultanze di questi importanti studi in un mio precedente lavoro, definendo le clausole generali come «quelle parti di norma, e più precisamente quegli elementi della fattispecie, espressi dai termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, allorché questi ultimi siano interpretati o comunque interpretabili come concetti il cui significato non sia determinabile se non per il tramite di parametri di giudizio – di solito, ma non necessariamente, desunti

e il contrario di tutto. Inseguirne i mille rivoli vorrebbe dire, con buona probabilità, perdere di vista gli aspetti più rilevanti, o attribuire a incisi sporadici o a esemplificazioni poco persuasive un peso eccessivo o un senso fuorviante rispetto agli intendimenti di chi le ha formulate e sproporzionato rispetto al dibattito in corso».

⁶⁰ Laddove poi essi (giuristi) potrebbero dissentire su una serie di casi marginali, collocabili nella “zona di penombra” (o “frangia di vaghezza”) denotativa dell’espressione linguistica ‘clausole generali’.

⁶¹ Per più precise indicazioni bibliografiche rinvio a F. PEDRINI, *Le “clausole generali”*, cit.

⁶² Basti pensare ai contributi ormai divenuti dei “classici” come i numerosi saggi di Stefano Rodotà, Angelo Falzea e Luigi Mengoni, ai quali si sono aggiunti gli ottimi approfondimenti monografici di Federico Roselli (F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Napoli, Jovene, 1983), Ernesto Fabiani (E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, UTET, 2003) e più recentemente di Salvatore Patti (S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, II ed., Milano, Giuffrè, 2016).

⁶³ La “nozione chiave”, all’interno dell’inquadramento dedicato da Claudio Luzzati alle clausole generali, è quella della *vaghezza da rinvio*: «si ha *vaghezza socialmente tipica* (o *da rinvio*) di un termine quando questo, secondo una certa interpretazione, esprime un concetto valutativo i cui criteri applicativi non sono *neppure parzialmente* determinabili se non attraverso il riferimento ai variabili parametri di giudizio e alle mutevoli tipologie della morale sociale e del costume». Così C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 302-303.

Cfr. anche *ivi*, 303: «mentre nell’ipotesi della vaghezza comune il legislatore fissa, sebbene in modo incompleto, i criteri per applicare una certa qualifica ai fatti, nell’ipotesi della vaghezza socialmente tipica il legislatore rinuncia a determinare direttamente tali criteri e fa implicito o esplicito rinvio a parametri variabili nel tempo e nello spazio desumibili da regole morali, sociali e del costume».

⁶⁴ Secondo V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 71, infatti, una clausola generale verrebbe a essere costituita da «un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti» (corsivo nell’originale).

dall'insieme delle norme sociali o del costume – diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione fra loro»⁶⁵.

Una simile definizione punta, evidentemente, a offrire una ri-costruzione⁶⁶ concettuale della categoria, che circoscriva sì l'ambito del discorso rispetto alla più generica "vulgata" in tema di clausole generali, ma in modo il più possibile argomentato e ragionevole, senza arbitrî stipulativi o modalità smaccatamente prescrittive.

Nondimeno, ancorché riesca nel suo intento, essa non va esente (quantomeno) da due inconvenienti non del tutto marginali, entrambi inevitabili e tra loro inversamente correlati.

Il primo "guaio" è che neppure in questo modo si potrà confidare in definizioni pienamente neutrali e del tutto aliene da un certo margine di convenzionalità⁶⁷. In altre parole, come ben scrive Claudio Luzzati, «chi assume una prospettiva teorica non sta puntando un potente telescopio in cielo nella speranza di scorgere, prima o poi, l'astro splendente del vero concetto di clausola generale. Sta invece compiendo scelte ridefinitorie non neutrali che vanno argomentate con ragioni di opportunità pratica e di fecondità della ricerca»⁶⁸.

Il secondo contrattempo è che, quanto più lo stipulante voglia evitare definizioni *eccessivamente* discrezionali o addirittura "personali" – col connesso (e non trascurabile) rischio di auto-escludersi *a priori*, per ragioni soltanto "nominalistiche", dal dialogo scientifico con altri studiosi del medesimo fenomeno –, tanto più fatalmente egli tenderà a dirigersi verso una definizione molto "lata" della relativa categoria.

Da un lato, tutto questo consente, a mio avviso, d'inquadrare nei giusti termini la definizione di 'clausola generale' sopra riportata. Essa non va considerata come un *assioma*, ma solo come uno *strumento di lavoro*, certamente non definitivo e perfettibile, e nondimeno valido fino a quando non se ne trovi uno migliore. Del resto, com'è stato esattamente osservato, «le definizioni diventano [...] un problema solo quando ci inducono a risolvere i nostri problemi empirici, o le nostre questioni di fatto, *per definizione*. Ma l'errore di "risolvere" i problemi empirici per definizione non deve essere rettificato dal contro-errore di sbarazzarsi di qualsiasi definizione»⁶⁹.

⁶⁵ F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*, cit., 176.

⁶⁶ Uso qui 'ricostruzione' nel senso "perfezionistico-migliorativo" dell'espressione tedesca '*Fortbildung*'.

⁶⁷ Non foss'altro perché, nell'atto di individuare un caso (di disposizione o norma che valga come 'clausola generale') come "paradigmatico", si riaffacciano a un (meta-)livello superiore gli stessi problemi di obiettiva indecidibilità che la vaghezza pone già a livello della espressione linguistica "base". Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 4, nota 4.

⁶⁸ C. LUZZATI, *La «normalizzazione» delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *Rivista critica di diritto privato*, vol. 31, n. 2, 2013, 164.

⁶⁹ G. SARTORI, *La torre di Babele*, cit., 133, dove pure si osserva come «quando ci viene consigliato di evitare di impantanarci nelle definizioni, in realtà si vuole mettere in guardia contro la *chiusura prematura* e, in particolare, la chiusura prematura causata dalla "riduzione di significato derivante dalla definizione in senso stretto". Tuttavia, se per la scienza (o progresso scientifico) *nel suo insieme* la "chiusura prematura" è dannosa, per il singolo studioso giocare con l'"indefinitezza" è un errore che ha peggiorato, non migliorato, lo stato di salute delle scienze sociali».

Dall'altro lato, quanto esposto non soltanto *spiega* (empiricamente), ma *giustifica* (razionalmente) pure la natura ampia e inclusiva della stipulazione qui proposta di 'clausola generale', che ne fa un buon candidato come *macro*-concetto, poiché appunto evita di effettuare già a livello definitorio una troppo severa restrizione del dominio.

A patto però – aggiungo – di non accontentarsi del livello di approfondimento così raggiunto, il quale è sì utile per una prima *actio finium regundorum* tra le clausole generali (così definite) e altre tipologie di norme, ma risulta ancora inappagante per molti degli scopi che giuristi, applicatori e consociati si prefiggono nelle rispettive attività teoriche e pratiche.

5. *Vademecum* per una futura differenziazione

Vengo così, infine, alla tesi centrale di questo scritto. Tesi, premetto subito, che mi limiterò sostanzialmente ad enunciare molto brevemente nelle sue direttrici, senza tuttavia approfondirle o svilupparle nel dettaglio, come pure meriterebbero.

Ebbene, come già si anticipava, dal punto di vista ricognitivo la definizione esposta nel precedente paragrafo presenta senz'altro una sua fecondità sistematica. Essa (definizione), tuttavia, parrebbe (almeno a me) valere come denotativa più che altro di un *genere* di (parti di norme rubricabili come) clausole generali, da precisare progressivamente in più analitiche *specie*.

Beninteso, anche lo studio del genere – del *macro*-concetto di 'clausole generali' – risulta assai *utile*, giacché consente di individuare ed analizzare una volta per sempre le caratteristiche comuni a *tutte* le specie, evitando così una moltiplicazione della ricerca che spesso è anche *dispersione* e semplice *ripetizione* della medesima. Non solo. Segnatamente una seria ricostruzione concettuale del *genus* costituisce infatti anche la premessa logicamente *necessaria* per un proficuo approfondimento sulle diverse *species*, che individuino le differenti sottostrutture del ceppo comune⁷⁰.

Ma siccome ciò che è *necessario* spesso non risulta poi *sufficiente*, la *micro*-analisi concettuale delle clausole generali parrebbe ancora agli inizi della sua avventura scientifica. La letteratura giuridica, infatti, per lo più ha finito alternativamente per dedicare le proprie attenzioni o a inquadramenti amplissimi della categoria (spesso però senza averla opportunamente precisata) o a singole disposizioni/norme (qualificate o qualificabili come 'clausole generali'). È viceversa mancata proprio la qui auspicata "tipizzazione intermedia"⁷¹, idonea a

⁷⁰ V. sul punto, esattamente, G. SARTORI, *Regole per l'analisi dei concetti*, cit., 184-185: «La ricostruzione concettuale è una terapia necessaria considerato lo stato di caos in cui versano le scienze sociali. In più, aiuta lo studioso a decidere cosa fare e come muoversi autonomamente. Senza una ricostruzione che preceda la costruzione, egli non soltanto rischia di perdere tempo ed energie nello scoprire qualcosa di già scoperto, ma anche di aggiungere un "cinquantunesimo significato" ad altri cinquanta significati preesistenti, aggiungendo, nel migliore dei casi, profusione a confusione».

⁷¹ Uso qui il concetto di 'tipo' e di 'tipizzazione' in modo alquanto generico. Per un penetrante approfondimento v. L. PASSERINI GLAZEL, *Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*, Macerata, Quodlibet, 2005.

suddividere la generica categoria ‘clausole generali’ in più sottoclassi (esaustive e mutualmente esclusive) e a vantaggio della quale si proverà ora a indicare alcune delle sue possibili linee guida.

5.1. Rinvii “esterni” vs. rinvii “interni” alla dimensione giuridica

Si è detto, come si ricorderà, che secondo il macro-concetto qui stipulato le clausole generali sono quelle parti di norma espresse dai termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, allorché questi ultimi siano interpretati o comunque interpretabili come concetti il cui significato non sia determinabile se non per il tramite di parametri di giudizio – di solito, ma non necessariamente, desunti dall’insieme delle norme sociali o del costume – diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione fra loro.

I termini valutativi esprimenti una clausola generale sono dunque quelle formule linguistiche (‘comune sentimento del pudore’, ‘buon costume’, ‘utilità sociale’ e così avanti) dalle quali l’interprete non riceve un’indicazione *diretta* del criterio da applicare per qualificare una condotta come conforme al (o difforme dal) contenuto della clausola generale. Egli riceve, viceversa, solo un’indicazione *indiretta*, che consta in una sorta di “rinvio” a parametri di giudizio *ulteriori* rispetto a quelli espressamente ricavabili dalla disposizione normativa in cui compare il termine valutativo.

Esemplificando, per capire se la disposizione il cui testo recita “vietato l’accesso ai veicoli nel parco” esprima una norma che nella circostanza *x* è stata (o meno) violata all’interprete basterà considerare, senza ulteriori intermediazioni, da un lato l’enunciato giuridico scritto (ovviamente da interpretare) e dall’altro l’esperienza (ponendosi dei tipici problemi di *vaghezza comune* per stabilire se tricicli e *skateboard* sarebbero in tale contesto da considerare ‘veicoli’). Diversamente, nel caso d’una disposizione che recitasse “è vietato ogni atto contrario al comune sentimento del pudore”⁷² l’interprete, dopo aver ascritto senso all’enunciato, e prima di rivolgere la sua attenzione ai fatti, dovrà *ulteriormente e preliminarmente* prendere in considerazione l’insieme dei criteri di valutazione, o se si preferisce l’insieme delle regole, richiamato dal concetto di ‘comune sentimento del pudore’ (problema caratteristico della *vaghezza da rinvio*)⁷³.

L’indeterminatezza (o vaghezza) da rinvio caratterizzante le clausole generali, tuttavia, sempre secondo la ricordata definizione, non sarebbe *necessariamente* da risolvere tramite il diretto ricorso a una qualche dimensione normativa meta-giuridica (ad esempio, la c.d. morale sociale) evocata dalle singole clausole generali. Queste ultime, infatti, talvolta potrebbero richiamare, *in concorrenza* con la dimensione meta-giuridica, potenzialmente *pu-*

⁷² Cfr. l’art. 529, codice penale: «agli effetti della legge penale, si considerano “osceni” gli atti e gli oggetti, che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore».

⁷³ Circa la necessaria intermediazione di *regole* come criteri di applicazione dei termini valutativi v. U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962, 57.

re la dimensione giuridica, dovendosi in quest'ultimo caso rinvenire il criterio di applicazione in altre norme dell'ordinamento giuridico.

Per citare sul punto Vito Velluzzi, «dalla formulazione delle clausole generali non è dato di riscontrare sempre e necessariamente la natura esterna al diritto del criterio, dello standard [...]. Per essere più puntuali si danno, almeno, due situazioni. Si hanno casi in cui la clausola generale indica il “tipo” di criterio utile a individuarne il significato, lasciando all'interprete la scelta del criterio nell'ambito del tipo indicato. La clausola generale indica, cioè, la necessità di ricorrere a un tipo di criterio (per esempio di natura morale) escludendone altri. Tuttavia, vi sono casi in cui la clausola generale, in ragione della sua formulazione, lascia irrisolta la questione del criterio cui rinvia, nel senso che rinvia indifferentemente a criteri esterni o interni al diritto»⁷⁴.

Si darebbero dunque delle ipotesi in cui lo standard richiamato dalla clausola generale sembrerebbe poter essere tanto *esterno*, quanto *interno* alla dimensione del diritto positivo. Si pensi alla formula del «danno ingiusto» dell'art. 2043 del Codice Civile, in cui l'aggettivo 'ingiusto' parrebbe interpretabile sia in senso etico (ingiusto = moralmente ingiusto), sia – come è avvenuto in Italia in coerenza “etimologica” con la tradizione romanistica del *damnum iniuria datum* – in senso giuridico (ingiusto = *contra jus* e *non jure*), sicché la relativa clausola generale sembrerebbe di per sé idonea a rinviare *sia* a (altre) norme giuridiche, *sia* a valutazioni/valori morali⁷⁵.

Caratteristica strettamente *necessaria* delle clausole generali sarebbe pertanto un rinvio *potenziale* alla dimensione (normativa) meta-giuridica, non potendosi dunque dare casi di clausole generali che mancassero di rinviare a qualche dimensione normativa meta-giuridica *quanto meno in astratto*. Si potrebbero tuttavia avere delle ipotesi – come quella del 'danno ingiusto' – in cui il potenziale rinvio al meta-giuridico *in concreto* non verrebbe “valorizzato” dall'interprete al momento di applicare (o attuare) la norma inclusiva della clausola generale.

Tanto precisato, (almeno) tre ritengo siano i principali problemi/quesiti che attendono risposta da chi volesse valorizzare questa prima classificazione delle clausole generali in due sub-categorie, a seconda che esse (clausole) esprimano un rinvio solo esterno (al meta-giuridico) o anche interno (alla dimensione giuridica).

Primo problema: come individuare *esattamente* i casi in cui i termini valutativi possano risolversi *anche* in un rinvio “interno” al diritto?

Nella ricostruzione di Velluzzi – significativa perché, a quanto mi consta, è uno dei pochissimi ad aver approfondito questo aspetto – a risultare decisiva parrebbe la *formulazione linguistica* della disposizione. Questo quanto meno nel senso che, in assenza di un *chiaro* richiamo di qualche precisa dimensione normativa meta-giuridica, il rinvio sarebbe effettuato «indifferentemente a criteri esterni o interni al diritto».

⁷⁴ V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 65-66.

⁷⁵ Sulla problematicità di inquadrare l'art. 2043 in termini di 'clausola generale' cfr. ora anche F. MIANI CANEVARI, *Interpretazione delle clausole generali*, in G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, cit., 305 ss. part. 317.

In prospettiva, sarebbe forse auspicabile che l'analisi semiotica dei termini valutativi possa essere sotto questo aspetto ulteriormente approfondita. La mia impressione – infatti – è che, se applicassimo con rigore questo criterio di classificazione, il sottoinsieme delle clausole generali rinvianti al solo meta-giuridico diverrebbe estremamente circoscritto rispetto a quello delle clausole generali potenzialmente rinvianti anche alla dimensione giuridica, in netto contrasto con la comune opinione dei giuristi⁷⁶ (peraltro sul punto trasfusa pure nella stipulazione qui adottata)⁷⁷.

Secondo problema: come scegliere *correttamente in concreto* – una volta appurato di essere al cospetto d'una clausola generale potenzialmente rinviate anche alla dimensione giuridica – tra la possibilità di un rinvio interno e di uno esterno al diritto? Che una “comune” attività interpretativa della disposizione non possa bastare è qui vero per definizione, giacché davanti a questa tipologia di clausole si arriva solo quando l'enunciato giuridico non risulta di per sé sufficientemente univoco. Quale tipo di argomentazione (giuridica o meno) sarà dunque in grado di supportare *razionalmente* la scelta?

Terzo problema: assumendo che si sia optato per un rinvio interno al diritto, *come selezionare* lo specifico insieme di norme giuridiche richiamato dalla clausola generale? Evidentemente, anche qui, la risposta non potrà essere fornita dalla disposizione stessa, e dubito che possa essere davvero “ritrovata” all'interno dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Sospetto pertanto che, anche nelle ipotesi di clausole generali risolte come rinvii interni al diritto, criteri di valutazione meta-giuridici possano comunque rivestire un rilievo decisivo, seppure soltanto (parziale e) *indiretto*.

Infatti, quand'anche lo standard richiamato dalla clausola generale s'intendesse di tipo giuridico, il rinvio non parrebbe mai effettuato a *specifiche* (classi di) disposizioni e/o norme giuridiche, individuabili formalmente a partire dalla formula espressiva della clausola generale. La concreta selezione dello *specifico* materiale *giuridico* che alla fine andrà (direttamente) ad integrare la clausola generale, dunque, parrebbe pur sempre (indirettamente) effettuata secondo criteri sostanziali almeno in parte extra-giuridici (o, quanto meno, *extra-positivi*).

Si potrà anche dire, insomma, che la clausola generale del 'danno ingiusto' rinvii non a criteri di valutazione (o regole) morali o sociali, ma a particolari categorie di norme giuridiche, indicandole magari come quelle che qualifichino un interesse come 'degno di protezione secondo l'ordinamento giuridico'. Il rilievo di parametri normativi extra-giuridici parrebbe qui comunque sussistere, sia pure solo su un *meta*-livello (un *critto*-livello?), giacché per selezionare *quali* (categorie di) norme giuridiche segnalino l'interesse da queste protetto come *degno* di tutela giuridica anche nella sua proiezione risarcitoria parrebbero pur sempre ne-

⁷⁶ Recentemente riassunta e ribadita, ad esempio, da F. CURCURUTO, *Le clausole generali davanti al giudice di legittimità*, in G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, cit., 361 e da E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di Cassazione e stare decisis*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi costituzionali e clausole generali*, cit., 169.

⁷⁷ Nella quale i parametri di giudizio evocati dal termine valutativo presente nella disposizione, sono «*di solito [...] desunti dall'insieme delle norme sociali o del costume*».

cessari dei criteri di valutazione non esplicitati dal diritto positivo, né da esso soltanto desumibili⁷⁸.

Anche ammettendo che la mia intuizione sul punto sia esatta – del resto – quanto osservato sul rilievo di criteri meta-giuridici pure nel caso di clausole generali che effettuino rinvii interni al diritto può costituire una prima, e molto approssimativa, *chiave di indagine*. Essa sarebbe tuttavia ben lungi dall'offrire una *risposta appagante* al quesito relativo al modo in cui individuare lo specifico insieme di norme giuridiche richiamato dalla clausola generale. Concediamo pure che il suo contenuto sia condizionato da criteri meta-giuridici: ma da *quali* criteri meta-giuridici, *come* e *da dove* ricavati?

5.2. Quali (e quanti) rinvii alla dimensione meta-giuridica?

Come si sottolineava, secondo la definizione qui accolta *tutte* le clausole generali rinviano, per lo meno potenzialmente, alla dimensione meta-giuridica (differenziandosi semmai perché *alcune* di esse possono rinviare *anche* alla dimensione giuridica). Ma a *quali* e a *quante* dimensioni meta-giuridiche? La risposta a tale interrogativo costituisce la premessa per un'ulteriore possibile linea di classificazione delle clausole generali, che punti a indagare se e come cambino le caratteristiche strutturali e funzionali delle sottocategorie a seconda del diverso ambito materiale (meta-giuridico) di riferimento.

Circa la tipologia dei criteri di giudizio che verrebbero a costituire lo standard meta-giuridico cui i termini o sintagmi valutativi effettuano rinvio, detti parametri sembrerebbero per lo più di tipo *etico-morale*⁷⁹, relativi cioè alla (corretta) disciplina della condotta umana (virtuosa), come nel caso della 'buona fede', della 'correttezza', del(la conformità o difformità al) 'buon costume'⁸⁰.

Compatibili con la nozione di 'clausole generali' qui adottata, tuttavia, sembrerebbero anche criteri di giudizio che al "buon" comportamento dei consociati si riferiscano – come accade, ad esempio, con la 'utilità sociale' – in modo più indiretto (o, comunque, in un senso disgiunto dal parametro del "giusto")⁸¹.

⁷⁸ La necessaria congiunzione di standard giuridici ed extragiuridici per l'applicazione della clausola generale di cui all'art. 2043 è attestata, ad esempio, da Corte cost., 10 maggio 1999, sent. n. 156.

⁷⁹ Non a caso, *secundum definitionem*, *solitamente* desunti dall'insieme delle norme sociali o del costume.

⁸⁰ Vedi A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., 2-3: «uno spunto, ad un tempo delimitativo e orientativo, è quello del fondamento etico degli standards. [...] La selezione porta prima di tutto a isolare gli standards in quanto modelli giuridici di comportamento che il diritto trae dall'etica sociale con un rapporto di permanente recezione. [...] Il rapporto tra lo standard e la regola etica è un rapporto di ricezione sostanziale, nel senso che il diritto considera operanti nel suo territorio, con la validità e l'efficacia delle prescrizioni del sistema giuridico positivo, prescrizioni del sistema etico. [...] La ricezione permanente dei valori etico-sociali e dei relativi modelli di comportamento da parte dell'ordinamento giuridico attraverso un canale normativo costantemente aperto – laddove nelle comuni norme giuridiche il rapporto tra valori etico-sociali e valori giuridici è soltanto genetico e si esaurisce nel momento in cui è posta la regola giuridica».

⁸¹ La questione relativa al carattere (più o meno esclusivamente) etico-morale dei valori (o delle valutazioni) cui farebbero rinvio le clausole generali sembrerebbe ovviamente dipendere anche dalla concezione più o

In questo senso è stato infatti osservato come «il campo al quale attinge il diritto per integrare il contenuto delle sue norme non è costituito soltanto dall'etica, ma dall'intero sistema culturale della società, del quale l'etica fa parte unitamente a tutti gli altri sistemi culturali: dell'arte, della scienza, della tecnica, e di altri ancora», di modo che si potrebbero rinvenire «nel diritto, oltre agli *standards* etici, gli *standards* estetici, scientifici, tecnologici, e così via»⁸².

L'assunto parrebbe senz'altro da condividere, se non altro nella misura in cui sottolinea l'ampiezza del potenziale ambito materiale di rinvio delle clausole generali e contestualmente si oppone al riflesso condizionato per cui non appena si vede scritto 'meta-giuridico' si pensa e si legge automaticamente (ed esclusivamente) 'etico-morale'⁸³. Nondimeno, c'è da chiedersi se proprio *tutti* i possibili rinvii al meta-giuridico effettuati dal diritto positivo potrebbero rientrare nella definizione di 'clausola generale' qui stipulata.

La risposta pare di segno negativo. È opportuno ricordare, infatti, come 'clausole generali' nel senso accolto in questa sede non siano concetti *valutativi* soltanto in quanto *nor-*

meno lata cui s'aderisce (altrimenti detto: dalla definizione più o meno ampia che s'adotta) con riferimento all' 'etica' o alla 'morale'. Qualora con 'valore etico' (o con 'valore morale') ci si riferisca ad un parametro che possa servire (in prima battuta) per la guida per l'azione e (in seconda battuta) per la valutazione della relativa condotta umana, allora anche la 'diligenza', la 'utilità sociale' e l' 'interesse generale' potranno essere considerati 'valori etico-morali'. Se, al contrario, questi ultimi ('valori etico-morali') fossero circoscritti a quelle specifiche guide per l'azione che ne garantiscano (o valutazioni che, *ex post*, ne attestino) la *giustizia* (o la *bontà*), allora il discorso potrebbe condurre ad esiti differenti, giacché, anche nella considerazione comune, non necessariamente l'azione diligente, socialmente utile o nell'interesse generale risulta per ciò solo giusta, ed anzi potrebbero darsi casi in cui un'azione ingiusta si renda addirittura *necessaria* per poter perseguire un obiettivo socialmente utile o conforme all'interesse generale.

⁸² Così A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1999, 408-409, dove pure (*ivi*, 409) si precisa come «questi *standards* non specificamente etici *lo sono genericamente*»; vedi inoltre F. ROSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Politica del diritto*, 1988, 669, dove accanto ai richiami alle «regole della morale o del costume», cui si riferirebbe il rinvio effettuato dalle clausole generali, si parla anche a quelle «proprie di determinate cerchie sociali, o discipline o arti o professioni». Tale linea di pensiero mi pare ora ripresa anche da F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi costituzionali e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, cit., 125 ss.

Più in generale, sul rapporto fra standard ed etica, vedi E. PATTARO, *Aspetti etici del concetto di standard giuridico*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, Giuffrè, 2000, 115-127. Sugli standard tecnologici vedi R. BREUER, *Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung*, in *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 101/1976, 46-88; H. PLANGEMANN, R. TIETZSCH (a cura di), *„Stand der Wissenschaft“ und „Stand der Technik“ als unbestimmte Rechtsbegriffe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1980; nonché I. APPEL, *Konkretisierung rechtlicher Anforderungen durch technische Regeln*, in R. HENDLER *et al.* (a cura di), *Technische Regeln im Umwelt- und Technikrecht*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2006, 67-105. Specificamente alle clausole generali "estetiche" è dedicato l'approfondimento monografico di B. ZUMSTEIN, *Die Anwendung der ästhetischen Generalklauseln des kantonalen Baurechts*, St. Gallen, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2001.

⁸³ Non a caso, infatti, v'è chi ha in proposito parlato di "imperialismo della morale". Cfr. M. BARBERIS, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in *Ragion pratica*, 14/2000, 147-162.

*mativi*⁸⁴ – qui nel senso di applicabili soltanto attraverso un insieme di criteri o regole ulteriori il cui contenuto non è direttamente esplicitato –, ma anche in quanto concetti essenzialmente *controversi*, sui quali insistono quei «disaccordi interpretativi profondi» di cui oggi parla Vittorio Villa⁸⁵.

Che un “costume” sia *buono* (quale sia l’insieme delle regole del buon costume), che un danno sia *ingiusto* (quale sia l’insieme delle regole giuste), che un comportamento sia *indecente* (quale sia l’insieme delle regole della decenza) – ad esempio – non parrebbe un “dato” desumibile *more geometrico* dall’applicazione d’un insieme di parametri normativi (= regole) pienamente *oggettivi*, accertabili tramite un *giudizio di fatto*. Al contrario, gli esiti di tale operazione di accertamento parrebbero dipendere in senso forte, in detto contesto, da valutazioni *soggettive*, frutto almeno in parte di un *giudizio di valore*⁸⁶. Operando dunque in ambiti dove a contare non sarebbe soltanto la *conoscenza*, ma anche la *volontà*, le clausole generali finirebbero cioè tipicamente per richiamare *non un singolo* e ben individuato insieme di regole (standard), bensì una *molteplicità* d’insiemi di regole, all’interno della quale (molteplicità) l’interprete potrebbe dunque rinvenire una *pluralità* di parametri di giudizio⁸⁷.

A rimanere esclusi dalla nozione di clausole generali qui adottata parrebbero allora, necessariamente, per lo meno tutti quei rinvii al meta-giuridico il cui contenuto sia tendenzialmente univoco, tale cioè da offrire all’interprete un unico possibile criterio di giudizio. Si pensi, per quest’ultima ipotesi, all’ipotetico rinvio al meta-giuridico che lo stesso diritto potrebbe effettuare (immettendo i relativi concetti nella fattispecie di una norma) alla farmacologia per definire una sostanza come ‘stupefacente o psicotropa’ o alla fisica per definire la ‘massa’ di un grave (o i criteri per la sua misurazione).

È ben vero che anche in tali casi per l’interprete sarebbe imprescindibile prendere in considerazione un insieme di dati meta-giuridici, non bastandogli considerare la disposizione

⁸⁴ Sulla differenza tra concetti *descrittivi* e concetti *normativi*, così come sulle categorie affini, v. ora B. RÜTHERS, C. FISCHER, A. BIRK, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, VIII ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 121 ss.

⁸⁵ V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi*, Modena, Mucchi, 2016.

⁸⁶ Per riprendere il già citato esempio della disposizione ‘è vietato ogni comportamento contrario a buon costume’ per l’interprete non solo sarà imprescindibile rivolgere preliminarmente le sue attenzioni alla dimensione della morale o del costume (o comunque alla dimensione richiamata dalla clausola generale), ma da queste ultime non parrebbe emergere automaticamente un *unico* paradigma normativo, cui corrisponderebbe un *univoco* criterio d’applicazione del buon costume nel caso concreto. Detto altrimenti, dietro la sintetica formula secondo cui le clausole generali rinvierebbero alla morale, starebbe una realtà necessariamente più complessa, legata alla contemporanea presenza di *più* possibili morali (di *più* insiemi di regole di costume) all’interno della medesima società (uno spunto in tal senso in M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2003, 42), o comunque di molteplici criteri disponibili per accertare il contenuto della morale sociale. Il rinvio allo standard effettuato dalle clausole generali, se non ulteriormente precisato, diverrebbe così un rinvio alla *molteplicità* delle (eterogenee) morali vigenti e/o argomentabili in una data società, con l’ovvio problema della *scelta* fra una di esse nel momento applicativo.

⁸⁷ Cfr. in proposito E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, 377: «mentre la vaghezza è dovuta all’indeterminatezza dei criteri di applicazione di un termine, l’indeterminatezza di un termine valutativo è dovuta al carattere effettivamente o potenzialmente controverso dei suoi criteri di applicazione».

da una parte e l'esperienza dall'altra ed essendo sempre necessario un previo esame dei contenuti dello specifico "sistema culturale" richiamato (costituito nei nostri esempi dal macrosistema scientifico-tecnologico in alcune sue sotto-partizioni). Anche a livello intuitivo, tuttavia, parrebbe esistere un importante elemento differenziale rispetto agli standard etici, estetici o anche economici sopra riportati. Il contenuto di questi ultimi, infatti, è costituito (o comunque desunto) da valutazioni, effettuate all'interno dei relativi àmbiti, qualificabili almeno in parte come *giudizi di valore* (qui intesi, se non come preferenze arbitrarie, quanto meno come opzioni dall'alto tasso di *soggettività*)⁸⁸. Per gli standard scientifico-tecnologici sopra citati, invece, il loro contenuto parrebbe sostanziarsi in (o comunque dipendere da) una serie di *giudizi di fatto* (tendenzialmente *oggettivi*)⁸⁹.

Non è tuttavia da escludere *a priori* che *taluni* standard di carattere scientifico-tecnologico presentino a loro volta natura controversa. E questo non soltanto nel caso (per certo non così frequente) in cui la relativa scienza stia attraversando un periodo di «mutamento di paradigma»⁹⁰, ma anche e soprattutto quando, pur in seno ad una disciplina scientifica relativamente "tranquilla" e "normale" nel suo complesso, si verifichi la concorrenza di due o più modelli di spiegazione o inquadramento del medesimo fenomeno.

Parrebbero attestarlo in modo sufficientemente chiaro, ad esempio, proprio i già citati rinvii all'economia⁹¹, se solo si pensa alle diverse e contrapposte "letture" che all'interno di quest'ultima sono state proposte di concetti economici come, oltre alla già citata 'utilità sociale'⁹², 'equilibrio di bilancio', 'ciclo di bilancio' o '*output gap*'⁹³. Ma si pensi anche ai problemi di applicazione non certo pacifica di concetti (per lo meno *prima facie*) scientifico-tecnologici

⁸⁸ Cfr. in tal senso anche *Corte cost.*, 25 marzo 1982, sent. n. 57, dove si osserva come «quando il giudizio verta sull'applicazione di disposizioni di legge formulate per clausole generali (quali "urgenza", "pericolosità", "grave inadempimento", "operazione speculativa") [...] il giudizio sul fatto si intreccia con giudizi di valore» (corsivo mio).

⁸⁹ Che un oggetto sia 'di particolare pregio artistico', insomma, può essere comunemente considerato (almeno in parte) oggetto di un'opinione; molto meno facilmente, tuttavia, sarà considerato oggetto d'opinione cosa sia la 'massa' di un grave o cosa renda una sostanza 'stupefacente o psicotropa'.

⁹⁰ È questa la nota formula da T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions* (1962), trad. it. di A. Carugo, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1999, *passim*, ma part. 139 ss.

⁹¹ Sempre ovviamente che la si voglia considerare 'scienza' in un senso forte del termine.

⁹² Sulla quale già Luigi Einaudi, il 9 maggio 1947, ebbe a dire in Assemblea Costituente: «La difficoltà intorno a cui invano si sono finora travagliate generazioni intere di studiosi è costituita da quello che, in linguaggio abbreviato, si dice essere il ponte fra l'utilità di un individuo e quella di ogni altro individuo. Ebbene, questo ponte non si è ancora trovato. Noi possiamo apprezzare quale sia l'utilità che ogni singolo individuo conferisce al fine che vuole conseguire, ad ogni cosa di cui si vuole appropriare, ma nessuno di noi è riuscito a sapere quale sia il significato che una collettività, anche di sole due persone, può dare all'utilità non dei singoli, ma dell'insieme dei due. Non è possibile fare la somma, né aritmetica, né algebrica, né organica, né di qualsiasi altra maniera, delle utilità di due individui realmente diversi. È questa una difficoltà intorno alla quale si sono travagliate generazioni di studiosi, di uomini di prim'ordine. Ma ancora essa persiste. È una delle tante difficoltà che esistono nello studio della scienza dell'economia politica. Tale difficoltà esistendo, io non riesco a comprendere quale possa essere il significato di un piano il quale sia indirizzato a dare il massimo di utilità sociale» (A.C., 3778).

⁹³ Si è da poco soffermato in senso critico su questo aspetto Alberto Quadrio Curzio in F. PEDRINI, *Colloquio su Economia e (Scienza del) Diritto. Intervista al Prof. Alberto Quadrio Curzio (Roma, 25 maggio 2016)*, in *Lo Stato*, 6/2016, 160.

sollevati da molte delle c.d. “norme tecniche” presenti nell’ordinamento (come quelle che rinviano genericamente alla ‘migliore tecnica disponibile’ o allo ‘stato dell’arte e della tecnica’)⁹⁴.

In conclusione, mentre l’afferenza al modello qui accolto di ‘clausole generali’ degli standard etici (o estetici) parrebbe in linea di massima pacifica, per gli standard scientifico-tecnologici essa andrebbe verificata caso per caso, a seconda dello specifico rinvio. La qual cosa – come ognuno vede – ancora nulla dice in ordine alle peculiarità strutturali e funzionali di ciascun singolo rinvio al metagiuridico, (peculiarità) che dovrebbero costituire l’obiettivo principale d’una classificazione delle clausole generali secondo l’ambito materiale della dimensione meta-giuridica richiamata. Ma consente per lo meno di orientare preliminarmente la selezione dei settori (meta-giuridici) da indagare in quanto possibili standard richiamati dalle clausole generali. E, come avrebbe detto Winston Churchill, «Ora questa non è la fine. Non è nemmeno l’inizio della fine. Ma è, forse, la fine dell’inizio».

5.3. Rinvii all’effettività vs. rinvii all’argomentazione meta-giuridica

Un ultimo, importante “primo passo” in avanti per il processo di specificazione strutturale dell’ampio concetto di ‘clausola generale’ parrebbe infine quello di suddividere le sottoclassi di clausole generali a seconda del fatto che esse esprimano (o meno) un collegamento con una qualche forma di “effettività” a livello sociale.

Il collegamento tra clausole generali e ciò che è effettivamente diffuso o “sentito” a livello sociale costituisce – com’è noto – un elemento ricorrente della riflessione sulla categoria che qui ci occupa, al punto che non sono mancate proposte stipulative volte a restringere la definizione di ‘clausole generali’ esclusivamente a questo sottotipo (del concetto qui accolto)⁹⁵.

Tale sottoclasse, basata sul nucleo più ristretto di formule tradizionalmente riconosciute come archetipi di clausole generali – nelle cui disposizioni scritte non a caso ricorrono spesso aggettivi come ‘*comune*’ (sentimento del pudore o della morale)⁹⁶, ‘*ordinaria*’ (diligenza)⁹⁷, ‘*normale*’ (tollerabilità)⁹⁸ – verrebbe a valorizzare il compito “classico” delle clausole generali quali sistemi di collegamento con la sola “normalità” sociale.

Le clausole generali appartenenti a questo sottoinsieme rinvierebbero così a uno standard metagiuridico identificato *necessariamente* con l’insieme delle regole (dei criteri di

⁹⁴ In argomento cfr. in generale F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001. Più recentemente, il tema è stato ripreso con spunti interessanti da M. MORVILLO, *Incorporation of delegation? How technical “facts” shape legislative structures and processes*, paper presentato al ACELG PhD Workshop “The Rule of Law in the Technological Age”, tenutosi ad Amsterdam il 3 novembre 2016.

⁹⁵ Da ultimo cfr. C. LUZZATI, *La «normalizzazione»*, cit.; nonché IDEM, *Clausole generali e principi*, cit.

⁹⁶ Cfr. *retro*, nt. 72.

⁹⁷ Art. 1227, comma 2, codice civile: «Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza».

⁹⁸ Art. 844, comma 1, codice civile: «Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, [...] e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità».

giudizio) sociali o del costume, realmente vigenti ed empiricamente verificabili⁹⁹. La funzione di tali clausole generali sarebbe pertanto quella «*di assicurare il contatto sociale con le ragionevoli aspettative della vita sociale*», in una visione “conformistica” che «risponde ad ovvie esigenze di *relativa prevedibilità del comportamento altrui*»¹⁰⁰, con l'esclusione di «qualsiasi morale supererogatoria, eroica, esigente, o anche solo molto rigida»¹⁰¹.

Diviene allora una questione classificatoria di cruciale importanza distinguere i casi come questi (1), dove il collegamento con una “effettività media” a livello sociale può suggerire indagini di carattere empirico, sociologico o demoscopico¹⁰², da altri in cui viceversa tale collegamento è escluso (2) o incerto (3).

Non sempre la formulazione della disposizione è da sola in grado di risolvere il problema. Mentre (1) in connessione con termini o sintagmi valutativi come ‘comune senso del pudore’, infatti, parrebbe esplicito il rinvio a un insieme di regole sociali *mediamente diffuse ed empiricamente verificabili*, e (2) sintagmi come ‘equilibrio economico’ o ‘stato dell’arte e della tecnica’ parrebbero viceversa escludere *a priori* ogni ragionevole legame con le opinioni diffuse a livello sociale, formule (3) come ‘dignità’ (umana o sociale) o anche ‘buon costume’ – in dati contesti – potrebbero risultare interpretabili non soltanto come richiamo a una morale sociale *effettivamente vigente* (o magari a una sua partizione)¹⁰³, bensì anche come rinvio a una morale “critica” *astrattamente argomentabile*.

A tal proposito – con particolare riferimento alle clausole generali della Costituzione, ma con valenza più ampia – è stato osservato come «è questione affatto contingente se una disposizione formulata in termini valutativi contenga o meno un rinvio alle valutazioni diffuse nel corpo sociale: cosa che talvolta effettivamente accade, specialmente nella legislazione ordinaria, mentre in altri casi l’uso di queste formule sembra demandare al giudice una valutazione di tipo direttamente morale. E proprio quest’ultimo sembra il caso delle espressioni valutative contenute nelle disposizioni costituzionali: queste non sembrano fare rinvio a valutazioni “sociali”, ma piuttosto a valutazioni morali»¹⁰⁴. La differenza fra l’una e l’altra interpre-

⁹⁹ Secondo una procedura che presenterebbe non trascurabili analogie con quella di accertamento delle consuetudini.

¹⁰⁰ C. LUZZATI, *La «normalizzazione»*, cit., 181 ss.

¹⁰¹ *Ibidem*, 185, dove pure si precisa come «le clausole generali non possono richiedere comportamenti più gravosi di quelli praticati nell’ambiente circostante». Cfr. anche *ivi*, 187: «le regole sociali servono a stabilire qual è il *minimo* che si può pretendere in una data situazione [...]. Questo fa sì che le norme che contengono clausole generali abbiano spesso una funzione limitativa della responsabilità, o dicano fino a che punto si può “ragionevolmente” esercitare una facoltà o un diritto senza far torto agli altri».

¹⁰² Le quali peraltro, a loro volta, pongono problemi non marginali. Per maggiori approfondimenti cfr. F. PEDRINI, *Le “clausole generali”*, cit., 127 ss., 355 ss. e relativa bibliografia.

¹⁰³ Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza*, cit., 314-315: «la vaghezza della metanorma di rinvio spesso rende problematica l’identificazione delle regole morali o socio-ambientali a cui il diritto rimanda: si tratterà delle norme deontologiche di una data professione? del credo di una particolare fede religiosa? di ideali politico-civili? delle regole di etichetta e di buona educazione? dei canoni del buon senso? dell’etica di un gruppo ristretto oppure di un insieme di opinioni morali condivise dalla maggioranza dei cittadini?».

¹⁰⁴ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010, 136.

tazione del termine valutativo contenuto nella disposizione sarebbe oltremodo significativa, giacché «certo, in un senso è ovvio che le valutazioni morali dipendono dalla società di riferimento, ma tuttavia una cosa è impegnarsi in un'*argomentazione morale* (influenzata, come è ovvio, da condizionamenti sociali di qualche tipo) per ricostruire il significato di un termine valutativo, e altra cosa è ricostruire tale significato sulla base di una *rilevazione statistica e sociologica delle convinzioni diffuse nella società*»¹⁰⁵.

Il rilievo testé riportato d'un attento studioso di queste tematiche qual è Giorgio Pino mi parrebbe da condividere, con le precisazioni qui di séguito.

Anzitutto, come già accadeva per il problema dei possibili rinvii delle clausole generali alla dimensione giuridica *in concorrenza* con quelli alla dimensione meta-giuridica, l'approfondimento della *semantica* dei sintagmi valutativi parrebbe ancora a un livello alquanto "embrionale" per molti di quei casi in cui *prima facie* si rilevano genericamente dei "dubbi" circa il collegamento con una "effettività media" a livello sociale o viceversa il rinvio a una qualche forma di argomentazione.

Inoltre, anche ammettendo che la questione non sia risolvibile sul piano *semantico* (ancorché ulteriormente sviluppato), pure sul piano *pragmatico-argomentativo* bisognerà comunque risolvere in modo convincente, caso per caso, il problema della scelta razionale tra le due alternative (semanticamente equivalenti) costituite dal rinvio all'effettività sociale e dal rinvio a qualche forma di modello argomentativo effettuati dalla singola clausola generale.

Infine, in questa chiave, parrebbe decisamente limitativo, in rapporto alla già ricordata molteplicità degli àmbiti materiali verso i quali può essere effettuato il rinvio da parte delle clausole generali, circoscrivere il novero delle possibili argomentazioni soltanto a quella *morale*. Tutto lascerebbe pensare – infatti – che laddove i termini o sintagmi valutativi siano di carattere *estetico, economico, scientifico-tecnologico* e così via, possano (e forse debbano) essere implementati *altrettanti* specifici filoni della teoria argomentativa, idonei a risolvere in modo convincente il problema della selezione (razionale) tra una pluralità di criteri di giudizio in reciproca competizione all'interno di ciascuno standard meta-giuridico (attesa la loro connotazione, come si ricorderà, intrinsecamente controversa).

Anche qui, com'è evidente, le indicazioni offerte in questa sede non possono che limitarsi a suggerimenti di massima, con la speranza che chi ben cominci sia davvero a metà dell'opera.

¹⁰⁵*Ibidem*, 136-137 (corsivi miei).

6. Le clausole generali “oltre il diritto civile”: tra pragmatica e metodologia interpretativa

Come suggeriva il titolo del Seminario di studi milanese¹⁰⁶ da cui questo lavoro ha preso origine, manca tuttora una sistematica approfondita delle clausole generali “oltre il diritto civile”.

Ciò non deve necessariamente significare, per lo meno ad avviso di chi scrive, che nei comparti ordinamentali diversi da quello privatistico si debbano per forza di cose ricercare o creare nuove “nozioni” di ‘clausole generali’. Al contrario, forse segnatamente la possibilità di riflettere sulla categoria suddetta in territori disciplinari meno compromessi, giacché relativamente “sgombri” da precedenti impegnativi, potrebbe essere l’occasione per un serio e rinnovato lavoro di pulizia terminologica e concettuale e – perché no? – anche per l’avvio della qui auspicata opera di specificazione del macro-concetto di ‘clausola generale’.

Peraltro, nulla esclude che proprio i percorsi di micro-analisi delle varie sub-categorie possano valere, in prospettiva, per risolvere in modo *espresso* ed *argomentato* – dopo averle “testate sul campo” – alcune problematicità residue del concetto generale. Come già si diceva, del resto, non c’è niente che vieti di migliorare (o, se è per questo, anche di cambiare radicalmente) la stipulazione di ‘clausola generale’ qui accolta. Solo, appunto, «le *nuove stipulazioni* devono essere non solo dichiarate, ma anche *giustificate*, e questo implica che colui che stipula deve mostrare che la sua proposta è sostenuta non dalla sua ignoranza (un caso molto frequente), ma dalla sua conoscenza»¹⁰⁷.

Mi è manifestamente difficile formulare pronostici sull’apporto delle diverse discipline giuridiche alla futura riflessione sulle clausole generali. Limitandomi alla sola scienza giuspubblicistica, se dovessi oggi suggerire lo snodo dal quale attendersi i più significativi contributi all’ulteriore elaborazione del concetto di ‘clausola generale’, non esiterei a indicare (nuovamente) quello dell’interpretazione giuridica¹⁰⁸.

Ciò (almeno) per due ragioni complementari. Da una parte perché le riflessioni della dottrina costituzionalistica sono per tradizione tra le più sensibili alle esigenze di collegamento tra sistema (ordinamento?) costituzionale e società, anche in assenza di espliciti rinvii testuali dall’una all’altra dimensione¹⁰⁹. Dall’altra parte perché, specularmente, la sistematica delle clausole generali – pur con tutti i suoi limiti – potrebbe a sua volta costituire un impor-

¹⁰⁶ Tenutosi il 28 maggio 2015 presso l’Università Statale, con interventi di Giovanni Chiodi, Donato Castonuovo e mio (moderatori Vito Velluzzi e Claudio Luzzati).

¹⁰⁷ G. SARTORI, *La torre di Babele*, cit., 97.

¹⁰⁸ Già oggetto della “postilla” (§ 6) del mio precedente *Clausole generali e principi costituzionali* cit., pp. 34-36, che qui sostanzialmente mi limito a riprendere e ad aggiornare.

¹⁰⁹ Cfr. recentemente A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, Giuffrè, 2016, specialmente nelle sezioni I, IV e V.

La connessione – non soltanto odierna e *contingente*, ma addirittura concettualmente *necessaria* – tra diritto (inteso come “ordinamento”) e società è peraltro da tempo al centro di acute riflessioni elaborate in seno alle discipline storiche del diritto: cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003; IDEM, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, nonché da ultimo IDEM, *L’invenzione dell’ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, in *Giustizia civile*, 2/2016, 237-240.

tante banco di prova per vagliare la reale “tecnicità” di molti ragionamenti interpretativi che, sul piano costituzionale, ancora oggi parrebbero svolti “a schema libero”¹¹⁰.

La tematica interpretativa – beninteso – permea da sempre la discussione intorno alle clausole generali. Solitamente, la riflessione sul punto verte sulle specifiche “*matters of interpretation*” che sono poste dalla *presenza* di clausole generali, dando dunque per acquisito che dette clausole *pre-esistano* all’interpretazione e ne condizionino le modalità¹¹¹. Il rapporto di condizionamento tra interpretazione e clausole generali, tuttavia, si presta a essere letto anche in un senso diverso, e per certi versi pure opposto. Le clausole generali, infatti, ben potrebbero – al limite – anche essere direttamente *generate* dall’interpretazione, divenendone non più il *presupposto*, bensì il *prodotto*.

Si ricordi nuovamente la definizione di ‘clausole generali’ come quegli elementi della norma espressi dai termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, allorché questi ultimi siano *interpretati o comunque interpretabili* come concetti il cui significato non sia determinabile se non per il tramite di parametri di giudizio [...] diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione fra loro.

Ma cosa vuol dire, esattamente, «interpretati o comunque interpretabili»? La formulazione rischia di risultare ambigua, perché non specifica se «interpretati e/o interpretabili» va inteso in un senso *empirico (di fatto)* interpretati o interpretabili) oppure *normativo* (interpretati o interpretabili *in modo sostenibile*). Il che è come chiedersi: *quanto incide* nel concetto di ‘clausola generale’ la formulazione linguistica, con la sua “proiezione semantica”, e quanto conta invece l’eventuale aspetto “costruttivo” dell’interprete (e *di quale* interprete)? E ancora: si può ipotizzare un discorso sulle clausole generali e sulla relativa tassonomia improntato prevalentemente (o addirittura esclusivamente) sui comportamenti assunti e sui fini perseguiti dagli applicatori, se del caso anche sorvolando sulle specifiche caratteristiche degli enunciati legislativi (o addirittura prescindendo completamente da questi ultimi)?

Certo, a tal proposito per l’odierno giurista potrebbe suonare persino banale l’affermazione secondo cui tutto ciò che va al di là del piano delle semplici “stringhe di parole” – delle *disposizioni*, per usare un termine divenuto comune tanto ai giuristi che ai filosofi del diritto –, s’individua necessariamente per il tramite dell’interpretazione. La questione però diviene decisamente meno banale una volta che si consideri come rispetto ad essa (interpretazione) si continuano a dare in letteratura giuridica letture non solo diverse, ma talora addirittura contrapposte.

Spesso guardati con un certo disinteresse poiché ritenuti semplici “civetterie” teoriche, in realtà questi contrasti, portando con sé una differente concezione tanto del diritto quanto della scienza giuridica, finiscono spesso per condizionarne in misura alquanto signifi-

¹¹⁰ Su questo aspetto ho svolto alcune osservazioni in F. PEDRINI, *Le “clausole generali”*, cit., 225 ss.

¹¹¹ A tutt’oggi, lo studio più poderoso su questo tipo di rapporto tra interpretazione e clausole generali è verosimilmente ancora il fondamentale B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, VII ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, dove si indaga la trasformazione dell’ordinamento privatistico nazionalsocialista per il tramite appunto delle relative clausole generali.

cativa il relativo perimetro, i postulati analitici e le regole inferenziali¹¹². Non è un caso, dunque, se di recente c'è chi autorevolmente ha parlato di una «rivoluzione clandestina» per riferirsi a quel processo che, sotto le mentite spoglie della “interpretazione”, rischierebbe di trasformare lo Stato costituzionale democratico di diritto in un surrettizio *Richterstaat*¹¹³. Il tema – va da sé – è troppo vasto per poterlo qui anche solo sfiorare¹¹⁴. Basterà allora, come spesso in queste pagine, una annotazione generalissima quale possibile chiave di lettura delle future ricerche sul tema.

Un conto è parlare di clausole generali come (parti di) norme dotate di determinate caratteristiche, *accertabili* – con esiti variabili di sicurezza ed esattezza¹¹⁵ – potenzialmente *da chiunque* per il tramite della *corretta* interpretazione delle relative disposizioni. Un altro conto è riferirsi alle medesime entità (clausole generali) come a quelle (parti di) norme coincidenti con l'*uso* che *i soli giuristi* (ed in particolare i giudici) concretamente fanno delle relative disposizioni, alle quali “conferirebbero” significato per il tramite della loro interpretazione applicativa.

Nella seconda visione il diritto, pur avendo spesso come destinatari tutti i consociati, è essenzialmente affare dei giudici e dei giuristi che con questi comunicano e insieme ad essi “amministrano” il relativo linguaggio¹¹⁶. La teoria del diritto, pertanto, sarebbe *descrittiva*

¹¹² Credo che, assai significativamente, proprio questo sia l'assunto principale su cui convergono – pur nella diversità dell'impostazione – tre importanti studi costituzionalistici pubblicati in Italia negli ultimi anni: A. VIGNUPELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2014; nonché M. LUCIANI, (voce) *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, IX, Milano, Giuffrè, 2016, 391-439.

¹¹³ Cfr. B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden – Ein Essay*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

¹¹⁴ Ho tentato di evidenziare qualche motivo saliente della problematica in F. PEDRINI, *Colloquio su Metodo, Interpretazione e Richterstaat. Intervista al Prof. Bernd Rüthers (Konstanz, 14 novembre 2015)*, in *Lo Stato*, n. 5/2015, 189-217.

¹¹⁵ L'inciso mi pare rilevante: in questa sede, infatti, non si presuppone che la corretta interpretazione delle disposizioni giuridiche debba sempre e necessariamente condurre a una norma dai confini univoci. Altro tuttavia è ammettere che – in specifici casi, come ad esempio quello delle clausole generali – alcune disposizioni siano state create dai loro stessi autori con caratteristiche tali da ammettere una pluralità di soluzioni applicative a seconda dell'evolversi delle circostanze; altro invece sostenere che, in tutti i casi e all'occorrenza anche a prescindere dalle caratteristiche oggettive delle disposizioni, il contenuto della norma rientra nella disponibilità dell'interprete, al quale resterebbe così aperta una infinità di opzioni applicative. Mentre nella prima ipotesi la scienza giuridica vede ancora il suo oggetto di studio come qualcosa di almeno parzialmente preconstituito al concreto svolgimento dell'attività interpretativa, nella seconda ipotesi l'impossibilità (programmatica) di “oggettivizzare” il diritto rende di fatto impraticabile una sua scienza, dissolvendola fatalmente in una pratica orientata alla soluzione (più o meno ragionevole) di casi concreti oppure in una diversa teoria avente per oggetto (non più il diritto, bensì direttamente) l'attività di giudici e giuristi.

¹¹⁶ Cfr. M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, ETS, 2010, 65: «la strumentalità del linguaggio giuridico vuol dire che esso va considerato uno strumento linguistico per esercitare la funzione normativa in un quadro di autorità di coazione. Per dirla in breve è fatto in modo da poter eventualmente essere usato in tribunale e da poter offrire una guida alla soluzione delle questioni in situazioni di acuto conflitto». V. più ampiamente, con ulteriori precisazioni, IDEM, *Pragmatica giuridica*, cit., *passim*.

Sulla pragmatica di Mario Jori e sulla sua complessità – che non consente di ridurre appieno l'amministrazione del linguaggio giuridico a quella dei soli giudici – cfr. ora anche C. LUZZATI, *La pragmatica di*

se (e *solo* se) si limitasse a censire avalutativamente quelle ascrizioni (pubbliche) di senso agli enunciati legislativi effettuate nella motivazione delle sentenze (e, mediamente, nelle opere dei giuristi che su di esse possono influire)¹¹⁷. Partendo dal presupposto dell'inesistenza di un (unico) significato normativo preconstituito all'interpretazione¹¹⁸ e insieme ponendo l'accento sulle conseguenze anche semantiche della componente "istituzionale" e "autoritativa" del fenomeno giuridico¹¹⁹, sarebbe lo stesso atteggiamento *wertfrei* ad indirizzare lo scetticismo (moderato) in teoria dell'interpretazione verso approdi giusrealistici in teoria del diritto, valorizzando così l'analisi della (*rectius*: di una ben specifica) *pragmatica* giuridica: di ciò che i giuristi *effettivamente* fanno (*decidono* di fare) quando *dicono* di fare "interpretazione"¹²⁰.

Nella prima visione – viceversa – il diritto è considerato essenzialmente come una forma di comunicazione linguistica tra un emittente, il legislatore, e *tutti* i potenziali fruitori del suo messaggio prescrittivo: *inclusi* gli operatori giuridici professionali, ma *non escludendo* i comuni consociati. Le norme giuridiche, in linea di massima, coinciderebbero col significato dei documenti normativi scritti per come esso *oggettivamente* si genera secondo le regole convenzionali dell'ampia comunità linguistica sopra descritta¹²¹. All'interno di quest'ultima, i giudici non costituirebbero autorità epistemiche privilegiate, che plasmano il contenuto di

Mario, in A. PINTORE, S. ZORZETTO (a cura di), *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, Napoli, ESI, 2016, 83-112, nonché V. VELLUZZI, *Pragmatica del linguaggio giuridico e interpretazione*, *ivi*, 321-332.

¹¹⁷ Esempio in tal senso è la posizione di R. GUASTINI, *Brevi riflessioni post-congressuali sul realismo giuridico e i suoi critici*, in *Analisi e Diritto*, 2014, 166 «il realismo giuridico [...] pretende di descrivere (o, meglio, ricostruire teoricamente) le pratiche interpretative dei giudici e dei giuristi: ciò che giudici e giuristi effettivamente fanno»; nonché *ivi*, p. 167: «se la giurisprudenza risolve in modo (più o meno) costante e (più o meno) uniforme una certa classe di controversie applicando la norma N – cioè usando n come *ratio decidendi* – allora la norma N è diritto vigente».

¹¹⁸ Cfr. IDEM, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, 49: «se tutti i testi normativi sono, di fatto, interpretati in modi diversi, allora tutti i testi normativi sono suscettibili di interpretazioni diverse. [...] Pertanto, ogni testo normativo esprime, potenzialmente, non già un solo, univoco, significato, ma una pluralità di significati in competizione».

¹¹⁹ Cfr. G. PINO, *Di interpretazione e interpreti della Costituzione*, cit., 367: «è del tutto evidente che, essendo il diritto un fenomeno istituzionalizzato, all'interno di esso vi saranno certamente interpreti privilegiati delle direttive giuridiche, e che questi interpreti privilegiati sono gli organi dell'applicazione (tipicamente i giudici)». In argomento, con maggiore ampiezza di sfumature, v. ora anche IDEM, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS, 2016, 45-49.

¹²⁰ ...ma che 'interpretazione' in senso proprio non è: cfr. sempre R. GUASTINI, *Brevi riflessioni post-congressuali sul realismo giuridico*, cit., 167: «gran parte del diritto vigente è frutto non di interpretazione strettamente intesa (attribuzione di significato ad un testo normativo), ma di "costruzione giuridica": è, cioè, diritto creato, "costruito", dagli interpreti stessi».

¹²¹ Cfr. A. VIGNUDELLI, *Come un post scriptum*, cit., 1039-1040: «in linguistica e in semiotica, invero, è proprio col concreto atto linguistico (enunciazione) attraverso il quale egli si rivolge a uno o più destinatari (enunciatari) che il parlante o lo scrivente (enunciatore) conferisce significato alle parole della lingua, utilizzando gli elementi del linguaggio in vista d'un risultato. Significato il quale, a scanso d'equivoci, non coincide (necessariamente) con quello che l'emittente (enunciatore) soggettivamente si figura di trasmettere per il tramite degli enunciati che egli utilizza, bensì con quello che tali enunciati oggettivamente assumono in rapporto alle specifiche circostanze d'enunciazione (tempo, spazio eccetera), alla luce delle regole convenzionali che rendono possibile e regolano la comunicazione nella comunità linguistica cui appartengono enunciatore ed enunciatario».

senso degli enunciati legislativi nel momento in cui decidono autoritativamente casi concreti sulla base formale del diritto scritto¹²². Essi (giudici) sarebbero invece, semplicemente, organi che applicano proposizioni prescrittive più o meno *esattamente* ricostruite. Il riferimento alla “correttezza” delle operazioni interpretative e applicative¹²³, dal canto suo, essendo il riflesso dell’esistenza all’interno del linguaggio giuridico di quelle regole (sintattiche, semantiche ed eventualmente anche giuridiche) senza le quali esso non potrebbe neppure sperare di funzionare, non varrebbe come atteggiamento *ideologico*, ma costituirebbe piuttosto il concetto centrale di una autentica *metodologia* interpretativa¹²⁴.

Pur senza approfondire ulteriormente, credo sia facile riconoscere come si tratti di due chiavi di lettura molto diverse del fenomeno giuridico – distanti come il *calcolabile* dall'*incalcolabile*, per riprendere il titolo del recente studio di un illustre Autore¹²⁵ –, ma entrambe utili per mettere in luce questioni e ambiti essenziali di qualsiasi esperienza giuridica contemporanea. Proprio per questo la “scelta di campo” può risultare – e di fatto risulta – assai difficoltosa, talora anche da un punto di vista “esistenziale”. Per dirla sempre con Natalino

¹²² Cfr. espressamente A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., 1202, dove (con riferimento alla Corte costituzionale, ma con argomento valido per qualsiasi organo giurisdicente) si parla della «(falsa) credenza secondo cui quest’ultima godrebbe nel nostro ordinamento di chissà quali privilegi epistemici – scambiando l’autorità riconosciuta di risolvere in via esclusiva determinate tipologie di controversie sulla base del testo costituzionale con quella di “decidere” in via altrettanto esclusiva il significato delle relative disposizioni».

¹²³ Correttezza sulla quale insiste ora ampiamente A. VIGNUDELLI, “Quant’è bella correttezza, che si fugge tuttavia...”. *Parte prima. Presupposti teorici e metodologici*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, XVI, 2016/1, 233-274; nonché IDEM, “Quant’è bella correttezza, che si fugge tuttavia...”. *Parte seconda. Dinamica giuridica*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, XVII, 2017/1, 351-429.

Sempre sulla correttezza, sia pure in sensi non sempre del tutto coincidenti con quello indicato nel testo, è significativa anche la riflessione di Robert Alexy quando tratta dello «*Anspruch auf Richtigkeit*» connesso ad ogni decisione giuridica. Circa il rilievo per cui tale pretesa di correttezza nel pensiero di Alexy non receda di fronte al diverso orientamento degli organi giurisdicenti v. F. PEDRINI, *Colloquio su Principi, Diritto e Giustizia. Intervista al Prof. Robert Alexy (Kiel, 27 febbraio 2014)*, in *Lo Stato*, 2/2014, 161-162, nonché, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1994), trad. it. di L. Di Carlo *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012, 89, quando con riferimento alle norme che potrebbero essere ascritte alle disposizioni sui diritti fondamentali, si viene a precisare come «da un lato, entra in gioco un criterio empirico, dall’altro un criterio normativo. Chi afferma che le norme derivate dei diritti fondamentali sono norme di fatto ascritte dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica alle norme dei diritti fondamentali direttamente statuite sceglie un criterio empirico, che, tuttavia, non è appropriato alla prospettiva di una teoria giuridica dei diritti fondamentali. Per essa, è costitutiva la domanda quali ascrizioni possano essere *correttamente* compiute» (il che rinvia alla necessità di una argomentazione razionale, su cui cfr. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), trad. it. di M. La Torre, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, *passim* e più di recente ancora IDEM, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, XVI, 4/2003, 442 sulla necessità di una nozione non retorica di ‘correttezza’).

¹²⁴ A. PINO, *La ricerca giuridica*, cit., 8: «la posizione ideologica ha la sua radice nel volere, in un mondo irrimediabilmente irrazionale e persegue determinate finalità; la regola metodologica si fonda sulla esigenza di stabilire il modo, con il quale trattare le asserzioni scientifiche. La ideologia nasconde e non descrive la realtà, che viene apprezzata con il fine di conservarla, o disprezzata con il fine di trasformarla, distruggerla o sostituirla. La metodologia attiene agli strumenti e alle tecniche elaborate per un corretto svolgimento del processo ricognitivo della realtà empirica e non ha nulla a che vedere neppure con il giudizio sulla maggiore o minore idoneità dei dati alla percezione e alla capacità esplicativa, né sulla selezione degli stessi».

¹²⁵ Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

Irti, infatti, «nessuno può sostituirci nella scelta della “Grundnorm”, cioè di quel “Dio” weberiano, che assumiamo come dominatore del nostro cammino terreno»¹²⁶.

Si potrebbe essere tentati di proporre una “sintesi” che riconduca ad “unità” una scienza giuridica oggi apparentemente divisa in “blocchi contrapposti”¹²⁷, se non fosse che troppo spesso in questo campo le sintesi sono state (e continuano ad essere) soltanto l’anticamera di una maggior confusione. Tanto più che, almeno per alcuni aspetti, le due impostazioni paiono *logicamente incompatibili* dal punto di vista sia dei presupposti teorici, sia di quelli epistemologici. Almeno per ora, dunque, forse la soluzione migliore parrebbe quella di approfondire *entrambe* le direttrici di analisi *in parallelo*, evidenziando *espressamente*, problema per problema, la diversa qualificazione del materiale giuridico che esse offrono ed effettuando un confronto *razionale* circa la rispettiva utilità descrittiva ed euristica.

La prospettiva di un confronto critico, esplicito e razionalmente valutabile nei percorsi e negli esiti, dal canto suo, potrebbe quanto meno facilitare un temperamento di quell’approccio “dogmatico” – tanto più pericoloso poiché inconscio – che porta tuttora molti giuristi a considerare i propri presupposti d’analisi come le “uniche” vie possibili e “naturali” di studio del fenomeno giuridico. La pluralità metodologica interna, del resto, non è certo un’esclusiva delle discipline di studio giuridiche. Come ci ricorda Emanuele Severino, invero, «accade lo stesso per la scienza (non c’è “la” scienza, ma “le” scienze), per la religione, per l’arte, la politica; e non c’è nemmeno “la” matematica o “la” fisica. (Ma, poi, c’è “la” vita di uno o di un altro?)»¹²⁸.

Anche così, acquisire consapevolezza della “relatività” del proprio accostarsi al diritto ed essere disposti a discutere delle alternative, forse non sarà comunque *facile*. Potrebbe però, se non altro, divenire più *semplice* laddove la scelta tra l’una e l’altra opzione non venga più percepita e prospettata come un semplice “salto nella fede”, bensì come il frutto maturo di un ragionamento serio e rigoroso.

Se questo auspicio (liberamente “cartesiano”) dovesse mai realizzarsi, non v’è dubbio che di ciò trarrebbe non poco vantaggio anche la futura riflessione sulle clausole generali. *Qui vult capere, capiat.*

¹²⁶ Cito da F. PEDRINI, *Colloquio su Diritto, Natura e Volontà. Intervista al Prof. Natalino Irti (Roma, 14 maggio 2015)*, in *Lo Stato*, 4/2015, 167.

¹²⁷ Su questa tematica v., da ultimo, i contributi raccolti in F. MANNELLA (a cura di), *Unità della scienza giuridica. Problemi e prospettive*, Giornata di studi in onore di Margherita Raveraira, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

¹²⁸ Cfr. F. PEDRINI, *Colloquio su Filosofia e (Scienza del) Diritto. Intervista al Prof. Emanuele Severino*, in *Lo Stato*, 1/2013, 159.