

VITO VELLUZZI

LE CLAUSOLE GENERALI

SEMANTICA E POLITICA DEL DIRITTO

Giuffrè



GIUFFRÈ EDITORE

Al ricordo di mio padre Antonio, genitore premuroso e generoso

“Let a man’s insensibility be ever so great, he must often
be touched with the images of RIGHT and WRONG”

“Per quanto grande sia l’insensibilità d’un uomo, egli non può non
essere spesso colpito dalle immagini del GIUSTO e dell’INGIUSTO”

(D. HUME, *An Inquiry concerning the Principles of Morals*
(1751), trad. it. di M. DAL PRA, *Ricerca sui principi
della morale*, Laterza, Bari-Roma, 1957, 4-5)

Giuffrè, Editore

INDICE

<i>Nota introduttiva e ringraziamenti</i>	IX
<i>Prefazione di Aurelio Gentili</i>	XIII

CAPITOLO I

LE CLAUSOLE GENERALI NEL LESSICO GIURIDICO

1. Cosa intendono i giuristi con “clausola generale”	1
2. La manualistica	7
3. I saggi	11
4. I giudici e la nozione di “clausola generale”	23
5. Le questioni in gioco. Termini e sintagmi o enunciati?	26
6. Vaghezza e indeterminatezza.	29
7. Un punto ricorrente: l'integrazione valutativa	39
8. Note sul prosieguo della ricerca	42

CAPITOLO II

SEMANTICA DELLE CLAUSOLE GENERALI

1. La vaghezza socialmente tipica: pregi e difetti della nozione.	45
2. L'indeterminatezza delle clausole generali.	57
3. L'integrazione valutativa.	63
4. Clausole generali e principi del diritto	74
5. Clausole generali e sillogismo giudiziale	81
6. Interpretazione, applicazione delle clausole generali e politica del diritto.	88
<i>Riferimenti bibliografici</i>	97
<i>Giurisprudenza citata</i>	105
<i>Indice dei nomi</i>	107

Giuffrè, Editore

NOTA INTRODUTTIVA E RINGRAZIAMENTI

Il tema delle clausole generali è di certo uno dei più impegnativi e controversi della cultura giuridica contemporanea. Affrontarlo nello spazio di un saggio breve come quello che qui si propone può apparire un compito arduo, o forse vano e presuntuoso. Tuttavia l'impresa potrà apparire meno difficoltosa se si considera lo scopo che mi prefiggo. Con il presente saggio, infatti, intendo raggiungere una finalità precisa: cercare di individuare le caratteristiche semantiche salienti delle clausole generali e valutare se da queste derivino certe conseguenze sul piano interpretativo e applicativo, come di frequente sostenuto dai giuristi (e, seppur in maniera sovente implicita, dai giudici). Non a caso nel titolo sono presenti la parola "semantica" e l'espressione "politica del diritto". Quest'ultimo riferimento va rettamente inteso.

Il mio scopo è, lo ripeto, individuare con maggior puntualità di quanto non sia stato fatto sino ad ora, tranne rare eccezioni, cosa caratterizzi in maniera peculiare le clausole generali dal punto di vista semantico, vale a dire: di quale tipo di indeterminatezza si parla con riferimento alle clausole generali? Che cos'è la cosiddetta integrazione valutativa? Quale rapporto intercorre tra indeterminatezza ed integrazione valutativa? Nel farlo mi avvarrò di alcuni strumenti tipici della teoria analitica del diritto, cercando di rispondere agli interrogativi appena sollevati attraverso una ridefinizione della nozione di "clausola generale" ottenuta a partire dallo studio della dottrina e della giurisprudenza italiane più recenti (1).

(1) Per dirla con U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino,

È abitudine dei giuristi differenziare le formulazioni normative che contengono clausole generali da quelle che non le contengono, specie per ciò che concerne l'interpretazione e l'applicazione. Nella parte dedicata alla semantica delle clausole generali mi propongo di stabilire, fruendo degli esiti dell'opera ridefinitoria realizzata, se tale differenziazione sia fondata sul piano semantico, oppure si fondi su ragioni di altra natura: di politica del diritto appunto. Si tratta di comprendere, cioè, in cosa consista il tratto distintivo degli enunciati normativi che contengono clausole generali e quali siano le connesse conseguenze.

Ciò detto, si impone una precisazione. Quando si discute di clausole generali si affrontano sovente, per non dire sempre, questioni di tecnica della redazione normativa. Un conto però è stabilire se le clausole generali siano una particolare tecnica di redazione normativa, altro è occuparsi dell'opportunità di legiferare per clausole generali. Di questo secondo profilo non intendo occuparmi e non mi occuperò nemmeno delle possibili implicazioni della semantica delle clausole generali in relazione ai diversi ambiti disciplinari. Mi preoccupo di lavorare su ciò che sta a monte di questi profili che in ragione dell'analisi condotta potranno, spero, essere visti o riletti in una nuova luce. Un primo e alquanto provvisorio esito della ricerca è rintracciabile in un mio articolo del 2006, di cui questo libretto costituisce lo sviluppo e la revisione critica (2).

Non so se l'obiettivo dichiarato sia stato raggiunto, ma se le pagine che seguono non dovessero risultare indigeste al lettore, il merito andrebbe ascritto soprattutto alle molte persone

1982, 75: "Analitico è in generale colui che preferisce ad un lampo nella notte (una meraviglia ma dopo non si sa bene cosa si sia visto) una modesta lanterna (con cui si illumina la strada da percorrere)".

(2) Mi riferisco al mio *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali, Etica & Politica*, vol. VII, No 1, 2006, 1-19 (www.units.it/etica/2006_1/VELLUZZI.htm).

che sopportano con ammirevole abnegazione il peso della mia invadenza. L'elenco è lungo.

Mi riferisco a Mario Jori, maestro "adottivo", come affettuosamente sono solito chiamarlo, guida paziente e fonte di suggerimenti preziosi; mi riferisco pure a tutti coloro che hanno indirizzato verso fruttuose direzioni molte delle riflessioni da me compiute: sono davvero troppi per menzionarli tutti. Aggiungo Enrico Diciotti, Pierluigi Chiassoni, Andrea Rossetti, Susanna Pozzolo, Giorgio Pino, Damiano Canale, Alberto Andronico, Giovanni Tuzet: amici cari e colleghi capaci che a vario titolo mi hanno sostenuto nella realizzazione di questo libro. Ad Aldo Schiavello, Mario Ricciardi, Luca Pelliccioli, Nicola Muffato e Giovanni Battista Ratti sono profondamente riconoscente per aver letto e commentato l'intero lavoro.

Un contributo significativo ai contenuti del libercolo l'ho maturato discutendo nel 2004 le mie prime impressioni alle *Giornate tridentine di retorica*, assieme a Francesco Cavalla, Maurizio Manzin, Francesca Zanuso ed ai loro allievi: li ringrazio tutti con sincerità. Altrettanta gratitudine devo a Jordi Ferrer ed ai suoi colleghi e collaboratori dell'Università di Girona per le loro stimolanti osservazioni, delle quali, forse, non ho tenuto conto a sufficienza.

Un ringraziamento collettivo va a coloro che lavorano nella Sezione di *Filosofia e Sociologia del diritto* del Dipartimento *Cesare Beccaria* dell'Università di Milano per le eccellenti condizioni ambientali create e che contribuiscono a preservare, condizioni nelle quali è davvero gradevole, formativo e costruttivo lavorare.

Particolare gratitudine mi lega ad Aurelio Gentili, giusprivatista di comprovata e spiccata sensibilità teorica, per aver scritto la *Prefazione*.

Un pensiero speciale va a Letizia Gianformaggio: con lei ho iniziato la mia esperienza di ricerca e grazie al suo insegnamento sono cresciuto e maturato. Il suo ricordo è sempre vivo in me.

VITO VELLUZZI

Giuffrè, Editore

PREFAZIONE

La filosofia è dentro le cose, non accanto. Queste parole che chiudono la riflessione di Vito Velluzzi (d'ora in poi V.) sulle clausole generali sono anche le più adatte a presentarla. Essa infatti ne dà la dimostrazione. Ripercorre il dialogo tra discorsi normativi e discorsi interpretativi sul tema in modo che ne restano disattese le tesi che non ne colgono bene natura e funzionamento, e asseverate quelle che ne rendono piena ragione.

Dirò dopo dei contenuti. Qui, in apertura, vorrei sottolineare a chi legge che così costruito, oltre le tesi sostanziali il libro dimostra sull'argomento prescelto anche una tesi metodologica: l'utilità, ma potrei dire la necessità, dell'analisi dei discorsi giuridici come strumento per il loro perfezionamento.

Troppo spesso effettivamente i giuristi positivi sono noncuranti della visione dei loro problemi offerta dalla teoria generale. Perdura presso molti il pregiudizio che il discorso ermeneutico dell'interprete, il discorso applicativo del pratico, possano fare a meno di riflettere su se stessi, e limitarsi a constatare la volontà del legislatore e il contenuto delle sue regole. Che perciò la filosofia del diritto non sia che un'elucubrazione colta e vacua, una sovrastruttura concettuale dell'intuizione giuridica.

L'idea, soprattutto se riferita ad un soggetto come le clausole generali — presenti nel discorso legale ma mai suo diretto oggetto —, mostra la sua rozzezza. Senza "filosofia", cioè senza consapevolezza di metodo, l'indeterminatezza di quei precetti elastici viene trattata in modi che scivolano nella gratuità. V. ci

prova che la verifica razionale del concetto ha la virtù di orientare il lavoro del giurista con la forza della logica. Che, insomma, “filosofare” non è una decorazione estrinseca e un po’ inutile del lavoro dell’interprete, ma la sostanza di quel lavoro.

Il tema delle clausole generali ha conosciuto nel novecento una insistita attenzione. Non che esse non esistessero *ante litteram*. Anche tralasciando di domandarsi se abbiano il loro antecedente nei *generalia brocardia* del diritto intermedio, la tecnica di disciplinare la casistica attraverso formule generali assai comprensive è risalente. Ma è solo in ambiente giuspositivista, ispirato alla precisione e alla determinatezza delle disposizioni di un codice, che le clausole generali divengono al contempo una singolarità e un problema (1).

Una singolarità, perché esse non solo non possiedono l’usuale esatta determinazione della fattispecie propria delle disposizioni ordinarie della legge, ma consentono l’immissione nel sistema giuridico di valori extragiuridici (2). Tradiscono così le usuali (o pretese) caratteristiche di completezza e chiusura del sistema normativo giuspositivista.

E un problema, perché proprio per la loro indeterminazione non solo ammettono ma richiedono l’intervento del giudice nel completamento della fattispecie legale (3). Infrangono così l’usuale (o pretesa) funzione dichiarativa della giurispru-

(1) Che le clausole generali costituiscano una rottura del metodo legislativo tipico del positivismo giuridico è rilevato tra altri da S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, ID., *Il principio di buona fede*, Milano, Giuffrè, 1987, 264.

(2) S. RODOTÀ, *op. cit.*, loc. cit.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 542; F. ROSELLI, *Clausole generali: l’uso giudiziario*, in *Pol. dir.*, 1988, 671.

(3) Una funzione, come nota con altri K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970, spec. 170 ss., che le clausole generali introducono insieme ad altre tecniche normative, come quelle per concetti indeterminati, concetti normativi, concetti di discrezionalità; oltre che — naturalmente — i principi generali.

denza, che in luogo di essere la mera bocca della legge qui si trova chiamata a compiere integrazioni e valutazioni.

È per queste ragioni che nella prima metà del novecento il problema delle clausole generali prende corpo. Il giuspositivismo ha prodotto codici ordinati e completi, dalle disposizioni esplicite e precise, che individuano fattispecie determinate e discipline dettagliate. Ma la complessità delle società formatesi nel corso dell'ottocento, con l'abbattimento delle differenze di ceto, la formazione delle classi sociali, la rivoluzione industriale, la nuova disciplina dei traffici, ha reso ai legislatori difficile racchiudere in regole nette una casistica sempre più variegata. Da che il ricorso a clausole generali, che consente di abbracciare un'ampia casistica in formule lessicali semplici, grazie alla loro indeterminatezza e quindi elasticità (4). Il prezzo di questa tecnica è ovviamente l'ampio spazio di decisione così lasciato al giudice. Ma anche questo rovescio è a suo modo una medaglia, perché in un mondo moderno in cui la legge è spesso compromesso, e il compromesso difficile, la soluzione verbale inaugurata con la clausola generale consente quegli aggiustamenti caso per caso che possono favorire l'equilibrio degli interessi, e quindi la coesione sociale. Da questo punto di vista — quello della tecnica normativa — le clausole generali sono perciò, come presto si disse (5) e come ancora si ripete, dei *Ventilbegriffe*, dei concetti valvola, anzi, delle *Sichereitsventile*, delle valvole di sicurezza (6).

Chi garantisce però che il *Richterrecht* che così si forma si iscriva correttamente entro il sistema disegnato dal legislatore?

(4) Per tutti K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 192, 197.

(5) K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien-Leipzig, Perles, 1904, 86.

(6) O. WENDT, *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1906, 106.

Si insinua qui il precipuo problema delle clausole generali. Ciò che con questa tecnica il legislatore guadagna per un verso perde infatti per un altro. Con la tecnica normativa per clausole generali egli per un verso riesce non solo a dominare una casistica variegata che altrimenti inseguirebbe vanamente, ma a governarla con strumenti elastici suscettibili, mentre la adeguano, di adeguarsi essi stessi alla varietà e al mutamento. Ma con quella stessa tecnica, per l'altro verso, in dipendenza del rinvio indeterminato a criteri extralegali egli demanda al giudice un'integrazione del dettato normativo, che rende specificamente necessario un apporto diverso da quello proprio dell'interpretazione ed applicazione delle ordinarie disposizioni di legge. Un apporto valutativo, come V. mette bene in luce. Che in misura più o meno radicale sfugge allo stretto principio di legalità.

È questo il punto critico delle clausole generali. E che così sia è dato sul quale v'è universale consenso, sebbene — per grandi linee — suddiviso fra una tesi più forte ed una più debole.

Per la tesi forte la funzione giudiziale in caso di clausole generali è propriamente creativa.

Già Zitelmann (7) nell'ultimo quarto dell'ottocento aveva rilevato che il rinvio che le disposizioni indeterminate fanno a dati extralegali è un *Blankett*, cioè una sorta di assegno in bianco rilasciato alla decisione del giudice. E l'osservazione, ripetuta frequentemente dalla dottrina della prima metà del novecento (8), continuerà ad essere ribadita, anche in tempi attuali e da noi (9), per sottolineare il pericolo di arbitrio (10) indissolu-

(7) E. ZITELMANN, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1979, 19.

(8) PH. HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1933, 21.

(9) A. GUARNERI, *Le clausole generali*, AA.VV., *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, 131.

(10) L'osservazione è generale. Tra altri: DI MAJO, *op. cit.*, 547.

bile da questa tecnica. Ma a rigore, mi pare, di arbitrio non si tratta: se assumiamo che l'intenzionale indeterminazione della clausola generale è totale (un assegno in bianco, appunto) quello del giudice non è mai arbitrio. Le sue decisioni potranno essere più o meno condivisibili. Ma tutte saranno egualmente ammissibili, e dunque non arbitrarie rispetto al silenzio legale. Non è arbitrio, dunque. Ma è la negazione della legalità giuspositivista.

Per la tesi debole la funzione giudiziale in caso di clausole generali è una integrazione segnata da una discrezionalità comune diversa e maggiore di quella ordinaria.

La tesi forte ha senso se si assume la funzione dichiarativa dell'interpretazione. Il giudice si limiterebbe a constatare la norma e derivarne sillogisticamente la regola del caso. Ma è ormai pressoché unanime il convincimento che l'opera interpretativa, anche a fronte di disposizioni precise e circostanziate, si imbatte in una trama aperta in cui accanto a una zona semantica chiara sussiste un'ampia zona grigia. Il giudice non constata ma costruisce la norma. E in ciò esercita un'ampia misura di discrezionalità nella scelta tra i significati possibili in base al testo. Ebbene, ammesso questo, nel caso delle clausole generali la discrezionalità esercitata è di necessità assai più incisiva (sia poi, come V. indaga, quantitativamente più ampia o qualitativamente diversa). E, mi pare di poter dire, non può non esserlo, in ragione del fatto che gli indeterminati sintagmi con cui i legislatori formulano clausole generali mancano per definizione di quella zona chiara. Che non solo dove sussiste rende inutile la discrezionalità giudiziale, ma anche, dove non giunge, comunque orienta per coerenza la scelta interpretativa. Sicché l'interprete della clausola generale naviga senza bussola in un mare aperto a molte rotte.

Non stupisce quindi che a fronte del sempre più ampio ricorso del legislatore alla tecnica normativa per clausole generali, già molti decenni fa qualcuno, in un'epoca d'altronde di forte

statalismo e di preponderante intervento dello Stato nella vita dei privati, abbia creduto di dover denunciare la *fuga nelle clausole generali* (11). Ma — senza disconoscere il pericolo segnalato — è realismo osservare che l'unica alternativa possibile ai legislatori era quella, sempre più largamente praticata alla metà del secolo, che qualcun altro ha chiamato la *fuga nella legislazione speciale* (12). Con il pericolo simmetrico di frammentarietà, incoerenza, confusione. E con la certezza di un vano inseguimento della casistica.

Che le alternative non siano scevre da problemi altrettanto gravi non fa venir meno tuttavia, neppure oggi, il problema indissolubile dalla tecnica delle clausole generali sopra segnalato: l'incertezza e quindi l'arbitrio. Esso resta vivo e sentito, sebbene il degrado della tecnica legislativa cui si è assistito negli ultimi decenni abbia potuto distrarne l'attenzione.

Separare dai vantaggi i rischi connessi all'indeterminatezza delle clausole generali, e ovviarvi, non è ovviamente un compito del legislatore ma della teoria giuridica. Non è infatti attraverso qualche particolare modo di disciplinare i rapporti per clausole generali che la difficoltà dell'incertezza e il pericolo di arbitrio possono essere evitati, ma attraverso un particolare modo di mettere a fuoco, ed usare, le disposizioni elastiche che le leggi recano. Un compito quindi anzitutto cognitivo — relativamente all'incertezza —, di semantica normativa. Ma soprattutto un compito prescrittivo — relativamente all'arbitrio —, di politica del diritto. Un duplice compito che la teoria è chiamata ad assolvere.

Con l'*understatement* di chi dice di voler solo “individuare, con maggior puntualità (...), cosa caratterizzi in maniera peculiare le clausole generali dal punto di vista seman-

(11) J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklausel*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1933.

(12) S. RODOTÀ, *op. cit.*, 258.

tico” (13), V. compie in realtà proprio questa duplice operazione. Un’operazione perciò non solo di semantica ma anche di politica del diritto. Non a caso richiamate nel sottotitolo del libro.

L’avvio della riflessione è tratto dai punti comuni agli studi in materia. L’esame della dottrina e della giurisprudenza ne mette in evidenza tre: che le clausole generali sono frammenti di norme, che sono caratterizzate da indeterminatezza semantica, che richiedono un’integrazione valutativa, da effettuare attraverso criteri esterni, e non riducibile ad un sillogismo. V. conferma anzitutto il primo, con la precisazione che le clausole generali sono sintagmi contenuti in enunciati normativi. A proposito del secondo (l’indeterminatezza) — scartata quella che qui è stata chiamata la tesi forte sul punto, e riprendendo quella debole — opta per una diversa qualità dell’intervento determinativo del giudice: non dunque una più ampia discrezionalità interpretativa, ma un’integrazione valutativa.

Questa dissipa, secondo l’opinione corrente, una vaghezza socialmente tipica dei termini valutativi recati dalla clausola, attraverso il ricorso a criteri extragiuridici. Ma, osserva V., non necessariamente i termini valutativi rinviano a criteri extragiuridici. Nelle clausole generali si tratta piuttosto di indeterminatezza, da trascendere attraverso una scelta tra parametri di giudizio concorrenti, ossia standard: questo appunto il senso dell’integrazione valutativa. Che rivela una duplice elasticità delle clausole generali: quella dipendente dalla scelta dello standard, e quella dipendente dalla mutevolezza nel tempo dello standard scelto.

Il libro considera quindi due questioni dibattute. La prima è la sfuggente distinzione tra clausole generali e principi generali. Meri sintagmi le une, vere norme gli altri, la sovrapposizione non è necessaria ma è possibile. La seconda è la diffusa

(13) Così nella *Nota introduttiva e ringraziamenti*.

idea che le clausole non siano suscettibili di applicazione sillogistica. Acutamente V. fa osservare per la giustificazione interna alla deduzione sillogistica, vale a dire la deduzione dalle premesse, che l'operazione inferenziale non è diversa, nel caso delle clausole generali, da quella ordinariamente compiuta. Ma per la giustificazione esterna della decisione, e cioè la fondazione delle premesse, l'interprete nel caso di clausole generali deve svolgere due passaggi argomentativi: giustificare la scelta dello standard, giustificare il contenuto attribuitogli.

Dalla riflessione scaturisce così naturalmente una ridefinizione delle clausole generali: sintagmi valutativi indeterminati, applicabili solo a mezzo di una scelta di tipo valutativo tra criteri esterni o interni al diritto tra loro concorrenti. Una scelta che occorre giustificare.

Il libro, fedele al credo di analisi del linguaggio del suo Autore, parla nelle righe molto di semantica. Ma non lo si comprende se non si intende che parla tra le righe soprattutto di politica del diritto, come denuncia il titolo del paragrafo conclusivo. E non avrebbe potuto non farlo, perché è un profilo indissolubile dal tema.

È già capitato sopra di osservare che la specialità delle clausole generali, e quindi il loro problema, è che esse infrangono l'usuale (o pretesa) funzione dichiarativa della giurisprudenza, qui per definizione chiamata a compiere valutazioni integrative; e che esse tradiscono le usuali (o pretese) caratteristiche di completezza e chiusura del sistema normativo giuspositivista. Il primo aspetto oggi non ci appare più eversivo. Siamo ormai consci della funzione non meramente dichiarativa della giurisprudenza. Ma come V. mette egregiamente in risalto, qui si va ben oltre la discrezionalità esercitata nell'ordinaria interpretazione di disposizioni, per sconfinare in un'integrazione valutativa attraverso la scelta di criteri anche extralegali di determina-

zione della regola legale. Ricorrendo alle clausole generali il legislatore autorizza il giudice a fare egli stesso la regola.

Determinante perciò appare il meccanismo della giustificazione esterna con cui l'interprete della clausola generale rende ragione della ricostruzione ed integrazione valutativa con cui ha posto la premessa normativa del suo ragionamento. Che un certo comportamento sia illecito perché questo e non quello bisogna intendere per *danno ingiusto*, che un certo altro sia inadempimento perché questo e non quello bisogna intendere per *ordinaria diligenza*, non sono mere scelte tra più sensi possibili di un testo normativo, ma vere creazioni del dato normativo. Valutazioni prescrittive, alla stessa stregua, seppure in più ristretto ambito, di quelle che compie il legislatore quando legifera.

Quelle del legislatore trovano giustificazione nel sistema democratico e costituzionale su cui si basa lo stato di diritto. Quelle del giudice devono aver la loro giustificazione in un'argomentazione razionale e controllabile, che rilevando correttamente, sul piano descrittivo, i dati legali e sociali del caso, sul piano prescrittivo costruisca ed applichi correttamente i criteri giuridici ed extragiuridici della decisione.

La finale manifestazione di saggezza del discorso di V. sta nel farci comprendere che questo problema non può che trovare soluzione caso per caso, e caso per caso essere sindacato. Ma che solo con una piena consapevolezza in generale del senso delle clausole generali, del loro modo di operare, ed allora anche del modo di operare dell'interprete allorché le usa, solo insomma se guidati in via generale dalla logica nel lavoro di integrazione valutativa e nel suo controllo, avremo la lucidità per essere fedeli alla legge anche nel momento in cui ne andiamo oltre.

AURELIO GENTILI

Giuffrè, Editore

CAPITOLO I

LE CLAUSOLE GENERALI NEL LESSICO GIURIDICO

1. Cosa intendono i giuristi con “clausola generale”. — 2. La manualistica. — 3. I saggi. — 4. I giudici e la nozione di “clausola generale”. — 5. Le questioni in gioco. Termini e sintagmi o enunciati? — 6. Vaghezza e indeterminatezza. — 7. Un punto ricorrente: l'integrazione valutativa. — 8. Note sul prosieguo della ricerca.

1. *Cosa intendono i giuristi con “clausola generale”.*

Uno sguardo d'insieme alla letteratura e alla giurisprudenza in tema di clausole generali evidenzia, nella cultura giuridica italiana (1), una situazione articolata, ma soprattutto confusa.

Innanzitutto il sintagma “clausola generale” è ambiguo, esprime una molteplicità di significati che tendono a sovrapporsi, totalmente o parzialmente, con altre nozioni in uso presso giuristi e giudici (2). È abitudine ricorrente di questi ultimi, in-

(1) Un'ampia rassegna della letteratura più risalente si trova in F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, Jovene, 1983, *passim* anche se la ricostruzione fornita è un po' frammentaria come rileva M. TARUFFO, *Note su “il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali” di Federico Roselli*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1984, 328-333, specie 329; per un quadro riassuntivo con riferimenti storici e comparatistici v. A. GUARNERI, *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, Utet, 1988, 403-413, e ID., *Le clausole generali*, G. ALPA, A. GUARNERI, P.G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO, *Trattato di dir. civ.* Diretto da SACCO, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, Utet, 1999, 132-154.

(2) In particolare con i principi del diritto, o, per essere più precisi,

fatti, ritenere perfettamente, o solo in una certa misura, sinonime, le nozioni di “clausola generale”, “standard valutativo” (o più semplicemente “standard”), “concetto indeterminato”, “norma elastica”, “concetto valvola”, “nozione a contenuto variabile” e altre ancora (3). Tuttavia, giuristi e giudici raramente si premurano di definire i termini impiegati.

con alcune delle accezioni di “principio del diritto”, cfr. U. NATOLI, *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di cassazione, Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, Giuffrè, 1982, 343 ss., e per la giurisprudenza App. Milano, 18.9.1987, in *Foro pad.*, 1988, I, 20; v. *infra* capitolo II, § 4.

(3) Per un primo approccio v. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1970, 170 ss.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, 299 ss., ove viene preferita la nozione di disposizioni normative a “vaghezza socialmente tipica o da rinvio”. Sulla forza esplicativa di tale formula ci si intratterà più avanti, cfr. capitolo II, § 1. Il debito contratto con le pagine di Luzzati è davvero gravoso e non potrà citarle in tutte le occasioni in cui sarebbe necessario. Mette bene in luce la questione appena menzionata nel testo G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, Giuffrè, 1992, 140, ove si afferma che “...la genericità di tali formule e l'assenza (o, comunque, la scarsa chiarezza) di alcune necessarie distinzioni non hanno fin qui consentito di pervenire ad una sufficiente chiarificazione della nozione, né tanto meno ad un pieno approfondimento dei riflessi che la struttura delle clausole generali comporta sul contenuto e sulle modalità dell'attività ermeneutica”. A. DI MAJO, *Delle Obbligazioni in generale, Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1988, 305 ss., sostiene che dal panorama dottrinale emerge soprattutto cosa le clausole generali “non sono”, ma non cosa le clausole generali “sono”. Il sintagma “clausola generale” è in uso soprattutto in Germania, Italia e nei paesi di lingua spagnola (v. M.J. GARCIA SALGADO, *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean, Anuario de Filosofía del derecho*, t. XX, 2003, 105-129), ma non nei paesi anglosassoni; non deve trarre in inganno il saggio di J.P. DAWSON, *The general clauses, viewed from a distance, Rabels Zeitschrift*, 1977, 441 ss., ove l'autore si occupa del diritto tedesco; infatti i giuristi di *common law* non concettualizzano le clausole generali come una categoria autonoma di descrizione del diritto positivo, ma le risolvono nella dimensione della vaghezza delle formulazioni normative e nelle questioni problematiche che questa dimensione comporta. Per un esempio recente dell'atteggiamento culturale ora menzionato v. F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer*.

In secondo luogo il sintagma “clausola generale”, o meglio ciò che esso esprime, è caratterizzato da elevata vaghezza: non è ben chiaro il significato delle due parole che lo compongono e altrettanto vaghe sono le nozioni assunte come parzialmente o completamente sinonime.

Una sintetica ricognizione dei contributi della dottrina (4) e un esame delle argomentazioni, sovente criptiche, compiute dalla giurisprudenza sul tema, consente sia di corroborare agevolmente l'affermazione appena compiuta, sia di porre in rilievo in maniera adeguata i nodi centrali e più rilevanti della

A New Introduction to Legal Reasoning, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2009, cap. VIII.

(4) V. A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539-571; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, 1986, *Ibidem*, 5-19 (in riferimento a quanto si è appena detto nella nota precedente v. 8: “...sebbene non manchino nella nostra letteratura recente contributi importanti, la materia delle clausole generali attende ancora una sistemazione teorica”); C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, *Ibidem*, 21-30; ID., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979, 97 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, 709-733; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, 1-20; P. RESCIGNÒ, *Appunti sulle “clausole generali”*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1-8; L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, *Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, 373-386, specie 373-377; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2006, 9-63; si aggiungono le sintetiche ma acute osservazioni di N. IRTI, *Rilevanza giuridica* (1967), ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1984, 35. Particolarmente rilevanti per il prosieguo del discorso, al di là dei cenni forniti in questo capitolo, sono i saggi di A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, 631-653; M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, P. COMANUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, Giappichelli, 1989, 311-344; ID., *Prefazione* a E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, Torino, Utet, 2003; G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, 426-461 e dello stesso autore *Clausole generali e ragionevolezza*, AA.VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, t. I, Napoli, Esi, 2007, 429-467.

ricerca. Emerge la necessità di chiarire, dunque, a cosa si riferiscono i giuristi e i giudici quando evocano la nozione di “clausola generale” e di cosa si vuole parlare in questo saggio, ritagliando all’interno del quadro delineato l’oggetto dell’indagine (5). Procedendo in questo modo è possibile mettere a fuoco con puntualità le questioni maggiormente controverse riguardo alle clausole generali. Se ne discuterà ampiamente nel prosieguo, ma sin da ora si possono menzionare le seguenti questioni, vale a dire: da quale forma o tipo d’indeterminatezza semantica siano caratterizzate le clausole generali; in che cosa consista l’integrazione valutativa; quale relazione intercorra tra l’indeterminatezza e l’integrazione valutativa; se e quali conseguenze peculiari derivino dai profili precedenti sul piano interpretativo e applicativo. Sono queste, infatti, le questioni più ricorrenti nel dibattito intorno al tema che ci occupa.

Per affrontare tutti questi punti conviene prendere le mosse dal modo in cui dottrina e giurisprudenza trattano delle clausole generali, fornendone una sintesi.

Guardando alla dottrina, va segnalato che nel nostro paese il tema delle clausole generali ha impegnato in prevalenza gli studiosi di diritto privato, dunque è soprattutto con la letteratura giusprivatistica che ci si deve confrontare (6).

(5) Dei contributi di teoria del diritto italiani, per il vero non copiosi, si darà conto, assieme ad alcuni scritti in lingua francese, spagnola e tedesca, sia in questo capitolo, sia nei successivi capitoli, ove si cercherà di valutare, dopo aver individuato con puntualità l’oggetto della ricerca, la solidità degli apparati concettuali proposti per accreditare le peculiarità semantiche delle clausole generali. A ogni modo si è già chiarito nella premessa che gli intenti ridefinitori e critici del saggio hanno quale punto di partenza la letteratura giuridica e la giurisprudenza italiane. Per un primo accostamento v. il mio *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali, Etica & Politica*, vol. VII, No 1, 2006, 1-19 (www.units.it/etica/2006_1/VELLUZZI.htm).

(6) V. *supra* nota 4 e tra i contributi non realizzati da giusprivatisti, v. M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit.; alcuni

Si è già detto che di frequente i giuristi trattano della nozione di “clausola generale” senza definirla compiutamente, ac-

dei saggi raccolti nel volume L. CABELLA PISU e L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, Padova, Cedam, 1998; A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi, Politica del diritto*, 1988, 655-681; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 77 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2005, 395 ss.; F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale, Forum di Quaderni costituzionali*, on line il 19 novembre 2009, 1-32; E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, cit., 1-54, con particolare riguardo al dibattuto profilo della censurabilità in Cassazione del giudizio basato su clausole generali: su questo punto, di natura strettamente processuale, si rinvia allo stesso testo di Fabiani, ove si possono trovare ampi richiami di dottrina e giurisprudenza.

Per ciò che concerne la dottrina penale sono di particolare rilevanza le considerazioni svolte da F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979, 426 ss., e F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, I, nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965, specie 33-43 e 157 ss.; nella manualistica penale v., in particolare, G. MARINUCCI ed E. DOLCINI, *Corso di diritto penale, I*, Milano, Giuffrè, 2001, 112 ss., e degli stessi autori *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, 38-42, ove le clausole generali sono studiate in relazione al principio di precisione della legge penale; v. anche G. DE VERO, *Corso di diritto penale, I*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 226, ove si dice che in presenza di clausole generali l'interprete è autorizzato a “...scorrazzare senza limiti alla ricerca di una condotta suscettibile di incriminazione”, e F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006, 135 ss. Per l'ambito filosofico giuridico L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale*, Bari-Roma, Laterza, 1989, 97 ss.; V. FERRERES, *El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 2002. Per l'esame di alcuni interessanti casi di indeterminatezza o imprecisione delle norme penali in ambito statunitense si veda R.C. POST, *Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders*, in *California Law Review*, 1994, 490-507. Si puntualizza sin da queste prime battute che il problema dei rapporti tra formulazioni normative contenenti clausole generali e legalità penale non sarà affrontato. Auspico soltanto che le considerazioni compiute nelle prossime pagine arricchiscano l'apparato degli strumenti di analisi a disposizione dei giuspenalisti.

Inoltre, lo si è già chiarito nella premessa, non troverà posto nel presente saggio la questione riguardante l'opportunità di legiferare per clausole generali sulla quale si è soffermata soprattutto la letteratura tedesca, si vedano, tra i

cennando in vari punti del discorso svolto ad alcune caratteristiche che le stesse clausole generali possiederebbero; oppure, queste caratteristiche vengono date sovente per pacifiche e acclarate, o delineate in maniera generica e l'attenzione si sposta sulle conseguenze che le caratteristiche medesime produrrebbero.

Si vedrà più in dettaglio nel prosieguo che il quadro non muta granché per ciò che concerne la giurisprudenza: raramente i giudici si esprimono sui caratteri propri e peculiari delle clausole generali, e quando lo fanno gli esiti non sono particolarmente costruttivi (7).

È bene procedere individuando dei criteri guida utili a sintetizzare la letteratura indagata: sarà esaminata per prima la ma-

contributi più significativi, J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, JCB Mohr, 1933; A. BUECKLING, *Der Flucht der Generalklauseln*, *Zeitschr. f. Rechtspolitik*, 1983, 190 ss., nonché il testo di Engisch già menzionato retro alla nota 3, per ulteriori indicazioni v. G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, cit.

Sul rapporto tra tecniche della normazione e linguaggio si rinvia a M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2003, 282-299 e alla ricca indagine di F. BOWERS, *Linguistics Aspects of Legislative Expression*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1989, *passim*, ove si possono reperire copiose informazioni bibliografiche.

(7) È bene precisare sin d'ora che l'esame della giurisprudenza verterà solo su quelle decisioni ove i giudici si occupano espressamente della nozione di "clausola generale". La gran parte della giurisprudenza presa in esame riguarda questioni di diritto del lavoro, si veda in proposito l'indagine (ormai un po' datata) di P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, Maggioli, 1990, *passim*, e più di recente le sintesi pregevoli di E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, "standards valutativi" e principi generali dell'ordinamento*, *Foro it.*, I, 1999, c. 3558 ss. e di L. CALCATERRA, *Sindacato di legittimità e norme elastiche in materia di lavoro*, in *Giust. civ.*, 2000, 7-8, 315-321 (ove si rintracciano anche alcune incisive osservazioni teoriche); nonché V. PANUCCIO, *Applicazioni giurisprudenziali degli standards valutativi*, in *Giust. civ.*, 2000, 2, 85-94. Sul rapporto tra clausole generali e determinatezza della fattispecie penale v. Corte Cost. 13. 1. 2004, n. 5, in *D&G*, 2004, fasc. 5, 34, con nota di A. NATALINI.

nualistica, e in secondo luogo verranno studiati i saggi. Questa parte è occupata in gran parte da citazioni tratte dai testi e sovente da riferimenti diretti agli autori: ciò si rende necessario in ragione della varietà lessicale in campo, difficilmente riassumibile o parafrasabile senza correre il rischio di fraintendere o tradire il senso degli scritti.

2. *La manualistica.*

Nella manualistica di diritto privato e di diritto civile non mancano spunti sintetici, ma di una certa importanza, che, pur se inseriti nella babele terminologica descritta in apertura di paragrafo, mettono in luce tre profili rilevanti: la relazione esistente (in alcuni casi si parla con maggior decisione di “differenza”) tra vaghezza e indeterminatezza caratterizzante le clausole generali; la distinzione tra clausola generale quale termine o sintagma facente parte di un enunciato normativo e standard valutativo utile a “integrarla”, o più semplicemente, a determinarne il significato; il tipo di attività posta in essere dal giudice o più genericamente dall’interprete nell’attribuire significato alle clausole generali.

In un manuale recente, per esempio, sono menzionati sia il primo, sia il secondo profilo e vi si trova scritto che “...le clausole generali sono frammenti di disposizioni normative caratterizzati da un particolare tipo di vaghezza... nella clausola generale è incerto il parametro di valutazione” (8). Altri sottoli-

(8) P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Principi e clausole generali*, P. PERLINGIERI e altri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, Esi, 2002, 17-18; si vedrà e si chiarirà in seguito che ritenere caratteristica peculiare delle clausole generali l’incertezza del parametro di valutazione (incertezza i cui caratteri vanno adeguatamente studiati) costituisce un’intuizione assai rilevante, specie per poter distinguere l’indeterminatezza delle clausole generali da altre situazioni di incertezza del significato.

neano il secondo profilo in connessione con il terzo, specificando che “...le clausole generali indicano un criterio di giustizia ma non dettano regola alcuna delegando all’interprete la funzione di elaborarla, osservando i c.d. *standards* valutativi esistenti nella realtà sociale” (9). Questo profilo della delega conferita all’interprete, o del cosiddetto potere di concretizzazione posseduto dall’interprete medesimo qualora si trovi in presenza di clausole generali, ricorre frequentemente nella letteratura manualistica (10). V’è chi afferma, infatti, che le clausole generali “...consentono all’ordinamento di adeguarsi alla progressiva evoluzione della realtà sociale, affidando al giudice un ampio potere di concretizzazione del contenuto precettivo delle norme giuridiche” (11), oppure che si tratta “...di espressioni di tenore appunto generale, non specifico, i cui contenuti possono essere precisati di volta in volta dal giudice secondo

(9) F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 2004, 49; secondo Gazzoni i concetti elastici, diversamente dalle clausole generali “...non comportano una ricostruzione complessiva del sistema e pretendono solo la specificazione di un aspetto singolo e particolare della regola più generale” (la citazione è tratta ancora dalla pagina 49).

(10) Si tratta di un profilo ampiamente presente anche nei saggi e nell’argomentare della giurisprudenza, v. con riguardo a quanto appena sostenuto nel testo P. GALLO, *Diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2002, 71: “...le clausole generali rappresentano una sorta di cambiale in bianco o di deleghe che il legislatore fa alla giurisprudenza ed agli interpreti”; nello stesso senso v. A. CHECCHINI ed E. AMADIO, *Lezioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2005, 29-31. C. CAMARDI, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2007, 29 indica nelle clausole generali “...norme che non contengono una fattispecie specifica, ma indicano invece un criterio di valutazione delle condotte in talune circostanze, secondo certi standard, e agli effetti di una certa disciplina”. È importante notare che parte della dottrina si preoccupa di rilevare, in maniera del tutto condivisibile e vedremo più avanti il perché, che la scelta dello standard da parte dell’interprete non è sempre del tutto libera, cioè, arbitraria, v. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2002, 14; cfr. in proposito *infra* capitolo II, § 3 e 6.

(11) C.M. BIANCA e S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2002, 125.

l'evolvere delle abitudini e del sentire dei cittadini, in una parte della coscienza sociale" (12). E ancora: "...questo tipo di regole è dettato dal legislatore proprio per consentire al giudice di concretizzare il criterio di comportamento genericamente prescritto" (13).

È soprattutto il rapporto tra potere di concretizzazione dell'interprete e realtà sociale che viene posto in rilievo, lasciando sullo sfondo le caratteristiche dello standard e in particolar modo quale profilo semantico tra la vaghezza di grado, quella combinatoria, la genericità, o altro ancora, oppure più fattori congiuntamente, entri in gioco (14).

(12) G. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, Utet, 2001, 61, e nello stesso senso con variazioni lessicali non significative G. ALPA e M. BESSONE, *Elementi di diritto privato*, Bari-Roma, Laterza, 2001, 18, G. ALPA e P. GAGGERO, *Profili istituzionali del diritto privato*, Padova, Cedam, 2006, 144. Questo aspetto è sovente messo in luce anche in contributi monografici ove si affronta assieme al tema principale oggetto di indagine la questione delle clausole generali, v. G. MERUZZI, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2005, 1-9; S. TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 2005, 48-78; A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 2008, 217-256.

(13) G. IUDICA e P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, Cedam, 2000, 31; nello stesso senso P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, Padova, Cedam, 2005, 23, G. VISINTINI, *Nozioni giuridiche fondamentali. Diritto privato*, Bologna, Zanichelli, 2005, 25-33. Si può sin da ora notare che, in base a quanto sostenuto dalla gran parte degli autori, le clausole generali andrebbero ribattezzate clausole generiche, salvo cercare di capire cosa si intenda per genericità (cfr. anche B. TROISI, *Diritto civile. Lezioni*, quarta ed., Napoli, Esi, 2004, 135, ove discorrendo dell'art. 2 Cost., si afferma che esso presenta i caratteri tipici della clausola generale ovvero la genericità e l'elasticità).

(14) L'attenzione per il profilo appena menzionato, a detrimento di quello semantico, emerge in alcuni testi redatti da autorevoli civilisti, ove si assecondano e riproducono espressioni diffuse nella letteratura tedesca (cfr. per esempio A. KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo* (1965), trad. it. Napoli, Vivarium, 2003, 22-23). In proposito si veda quanto scritto in uno dei manuali più conosciuti e apprezzati, vale a dire A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1999, 47, per il

Da questo esame emerge l'attenzione rivolta al profilo funzionale delle clausole generali più che a quello strutturale. Detto altrimenti, la manualistica appare orientata a porre in rilievo a cosa servano le clausole generali (adeguare il diritto alla realtà sociale, alla specificità del caso etc...) ma, tranne alcune eccezioni, non si interroga a fondo sul come possano servire a realizzare quel certo scopo, nel senso che la loro caratteristica semantica peculiare viene incidentalmente menzionata con la più varia terminologia (vaghezza, generalità, genericità etc...), oppure semplicemente presupposta. La funzione delle clausole generali viene assicurata, sempre per ciò che concerne la letteratura esaminata, dalla "concretizzazione" del contenuto delle medesime operata dal giudice o da qualsiasi altro interprete per mezzo dello standard valutativo.

Orbene, come si è accennato introducendo questo studio, si conferma la tendenza a porre i nodi centrali (15) sul tappeto,

quale le clausole generali costituiscono "...i polmoni vitali dell'ordinamento", e 51, ove si parla di "...valvole di apertura... per l'adeguamento delle formule legislative alla vita sociale". Insistono sulla capacità di adeguare per mezzo delle clausole generali il diritto alla specificità del caso anche A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999, 44: "buona fede, buon costume, diligenza... obbligano ad una valutazione di specifica riferibilità al singolo caso, che nella sua concretezza e specificità è sempre refrattario a farsi comodamente inquadrare nelle rigide... descrizioni delle fattispecie legali"; si aggiunga E. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, Monduzzi, 2001, 29: "Concetti del genere non hanno un significato buono una volta per tutte, perché ricevono il loro senso dal clima sociale e culturale dell'ambiente in cui devono essere applicate: questo esalta il ruolo dell'interprete, che per individuare il precetto è chiamato a fare da mediatore tra il testo normativo e la realtà sociale". Nella stessa direzione si muovono anche L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, I, t.1, Torino, Utet, 1987, 19, ove le clausole generali vengono indicate come strumenti che consentono al sistema giuridico di "tenersi al passo coi tempi". Tesi assecondata da P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2006, 13.

(15) Nel testo si usano come sinonime le espressioni "problema centrale", "questione fondamentale" e simili, volendo solo mettere in luce quali

ma sovente senza riuscire a fare chiarezza. In sintesi, si può dire che nei testi esaminati vengono poste in rilievo le questioni problematiche relative alle clausole generali, senza però interrogarsi a fondo sulle medesime; da un sintetico o implicito studio del profilo strutturale delle clausole generali si passa a delinearne la funzione, restando così nell'ombra il rapporto tra struttura e funzione (16).

3. *I saggi.*

Passando ad analizzare i saggi, si può rilevare che le questioni dibattute non mutano.

Adolfo Di Majo, per esempio, dopo aver rilevato che "...non esiste... convergenza di opinioni sulla loro precisa struttura, sul rapporto con le altre norme dell'ordinamento", sostiene, seguendo Engisch ed Esser, che le clausole generali "...non debbono identificarsi a stretto rigore né con concetti *indeterminati od elastici* (ad es. 'inadempimento grave', licenziamento senza 'giustificato motivo o giusta causa' ...) né con quelli *normativi* ('diritto altrui', 'bene demaniale', 'danno ingiusto')...", pur precisando "...che, per la gran parte dei casi, le clausole generali sono caratterizzate da un forte grado di 'indeterminatezza', così come esse fanno uso di valutazioni e non di

sono i problemi e le questioni oggetto costante di esame e di confronto in tema di clausole generali. Non si vuole in alcun modo evocare una qualche distinzione tra problemi centrali e problemi fondamentali della filosofia del diritto, come quella tracciata da M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, Giuffrè, 1987, 8-9.

(16) È bene precisare che il difetto da ultimo menzionato dipende, con molta probabilità, dal poco spazio che nell'economia di un manuale può essere accordato alla nozione di clausola generale, preferendo gli autori concentrarsi, in maniera giustificabile rispetto agli scopi di un testo istituzionale, sui contenuti delle singole clausole generali. Bisogna notare, inoltre, che molti manuali non trattano della nozione di clausola generale.

descrizioni di fatti” (17). L’autore sofferma poi l’attenzione sul rapporto tra clausole generali e poteri del giudice. Su questo punto sottolinea che le varie opinioni espresse, per esempio quelle del superamento della tecnica della sussunzione, dell’impossibilità di individuare nelle clausole generali un nucleo concettuale e altre ancora, non indicano un efficace strumento di controllo del ragionamento compiuto dal giudice, cosicché “...Se la tecnica delle clausole generali intende prendere le distanze dalle formule ricorrenti di ‘giustizia del caso concreto’, rispondenti in forma più o meno diretta, all’idea di equità, è vero anche che siffatta distinzione è più lastricata di buone intenzioni che di altro. È assai tenue il filo che lega la decisione del singolo caso al contenuto (assiologico) della clausola generale...” (18).

Si è detto ripetutamente che è il profilo della delega al giudice di un peculiare potere di “concretizzazione” a rivelarsi pressoché onnipresente nei molteplici saggi (19), pur essendo tratteggiata con diversa terminologia la causa di tale delega di potere. Riguardo a questo profilo autorevole dottrina ritiene che le clausole generali siano “...norme nelle quali... vi è un’eccezione di valori di contenuto ‘assiologico’ rispetto ai contenuti normativi abituali delle regole” (20), eccezione assiologica dalla

(17) A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., 539-540.

(18) *Ibidem*, 547.

(19) A dire il vero, come è emerso dalla ricostruzione appena fornita, per alcuni la delega al giudice e il potere di concretizzazione sono la stessa cosa, mentre per altri il potere di concretizzazione costituirebbe l’oggetto della delega, e quest’ultima deriverebbe dal particolare, ma imprecisato, tratto semantico delle clausole generali. Pur senza utilizzare la nozione di clausola generale, ha sottolineato, in relazione a concetti come “buon costume”, la presenza di una delega di discrezionalità da parte del legislatore al giudice PH. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1914, 131.

(20) P. RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, cit., 1. Il sintagma

quale deriva che “...nelle ‘clausole generali’ vi è una delega al giudice, perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono, e costruita secondo i criteri che l’ordinamento stesso gli prescrive di seguire... nelle ‘clausole generali’ opera... la delega a ricercare ‘valori’ fuori dai rigidi confini dell’ordinamento positivo” (21).

Che in presenza di clausole generali il potere del giudice sia per un verso elevato, ma soprattutto peculiare, viene indicato anche da un’altra prospettiva rispetto a quella dell’eccedenza assiologica sin qui più volte menzionata. Luigi Mengoni, per esempio, ha autorevolmente sostenuto che “Le clausole generali... impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta” (22), e ancora “Da norme di rinvio (ad altre norme), quali erano concepite all’origine, le clausole generali si sono trasfigurate in norme di direttiva, che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo

“eccedenza assiologica” è ricorrente in E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, seconda ed. riveduta a cura di G. Crifò, 1971, 152-154, 159, ove l’illustre autore ne discorre soprattutto a proposito dei principi generali del diritto, secondo la peculiare caratterizzazione fornitane, e 145, 307, 316, 330, con riferimento al rinvio a criteri valutativi e alle categorie extragiuridiche; F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, cit., ritiene che le clausole generali siano “norme elastiche”, e l’elasticità dipenderebbe proprio dal profilo dell’eccedenza assiologica. La nozione “norme elastiche” è diffusa da tempo, v. per esempio F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1921, 63-65; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, quarta ed., Torino, Giapichelli, 1958, 28-29.

(21) P. RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, cit., 1-2.

(22) L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 10; e dello stesso autore *Gli acquisti a non domino*, Milano, Giuffrè, quarta ed., 1975, 310, ove le clausole generali sono definite come “...una tecnica di formazione (giudiziale) di regole giuridiche col metodo casistico”.

a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale. La direttiva non si esaurisce nell'indicazione di uno scopo, bensì indica una misura di comportamento, che il giudice deve concretizzare in forma generalizzabile, cioè in funzione di una tipologia sociale" (23).

Al potere di concretizzazione del giudice fa riferimento anche Carlo Castronovo, il quale lo chiama "integrazione valutativa" e sostiene che "...La clausola generale va perciò definita come concetto elastico, il cui riferimento al caso concreto ai fini dell'applicazione della norma richiede una previa integrazione valutativa ad opera del giudice" (24). A questa definizione il ci-

(23) *Ibidem*, 13, e v. anche 17 "Quando applica una clausola generale il giudice non dispone di un patrimonio di dati offerti dal testo normativo. Le clausole generali non descrivono una fattispecie e sono prive di un proprio ambito operativo; sono destinate a operare negli ambiti di altre norme...". L'analisi di Mengoni riprende, modificandole in parte, le indagini, più volte citate dallo stesso civilista milanese, di G. TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt a M., Athenaeum, 1971, e F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 5 Auflage, Berlin, Bunker & Humbolt, 1993. Sul solco tracciato da Mengoni si colloca di recente L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, cit., 374-375: "In primo luogo, ci si è interrogati intorno alla possibilità di distinguere tra clausole generali, principi generali, e concetti giuridici indeterminati... Credo che un certo scetticismo in ordine alla possibilità di individuare criteri distintivi davvero affidabili sia giustificato dal momento che, in ogni caso, si tratta di direttive o *standard* che reclamano di essere robustamente concretizzate all'atto della loro applicazione in sede giudiziale... In realtà, a mio avviso, le clausole generali svolgono una diversa funzione che è quella di impartire al giudice una direttiva circa il modo in cui decidere una controversia", ma Nivarra introduce una significativa aggiunta e precisa che il giudice è tenuto ad adeguarsi "...alla *ratio* del sottosistema nell'ambito del quale la clausola generale viene richiamata".

(24) C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 105; dello stesso autore v. anche *L'avventura delle clausole generali*, cit., 24, ove, riguardo alla specificità delle clausole generali rispetto ai concetti indeterminati, si trova scritto che "...l'indeterminatezza sul piano linguistico non può che trovare determinazione attraverso una scelta di valore e d'altra parte l'indeterminatezza sul piano del valore non può essere superata attraverso la concretizzazione sul piano linguistico. Perciò concetti indeterminati e clausole ge-

vilista giunge attraverso l'accurata analisi delle tesi di Engisch. Castronovo ritiene che Engisch individui, in maniera un po' ambigua, due accezioni di clausola generale: come sinonimo di norma generale (o meglio, di norme a elevata generalità), che descrive la fattispecie in termini riassuntivi; e come concetto bisognoso di integrazione valutativa. Secondo Castronovo queste due nozioni sono tra loro inconciliabili, rischiano, infatti "...di compromettere la stessa utilizzabilità della categoria: tra chi scrive e il suo lettore può crearsi una sorta di ...dissenso occulto come effetto di un'inevitabile confusione delle lingue" (25). Per cui, conclude la dottrina in esame, è bene rifarsi all'uso prevalente tra i giuristi, i quali ritengono caratterizzante delle clausole generali l'integrazione valutativa e non l'altro dato (la elevata generalità). La definizione fornita sembrerebbe quindi di natura lessicale e rivolta ad assecondare l'uso prevalente nella comunità giuridica (26).

nerali, forse distinguibili *ex latere legislatoris*, perdono la loro diversità nel momento dell'applicazione", ma una diversità sussiste, poiché "quando ricorre una clausola generale il giudice concorre a formulare la norma, mentre nel caso di concetti indeterminati si limita a riscontrare il ricorrere nel fatto concreto dell'elemento (elastico) indicato nella fattispecie" (*Ibidem*, nota 14).

(25) C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, cit., 103, e icasticamente 102: "Si potrebbe pensare ad una clausola generale definita come clausola generale riassuntiva che possieda contemporaneamente un elemento elastico bisognoso di integrazione valutativa... Ma la conciliazione pare senza speranza". Seguendo questa linea di pensiero, le norme generali sono quindi indeterminate, ma non sono clausole generali, giacché in presenza di norme generali il giudice non concorre a formare la norma. Il testo di Engisch cui Castronovo si riferisce è il già menzionato *Introduzione al pensiero giuridico*, 170 ss. Una lettura lievemente diversa delle tesi di Engisch si trova nel saggio di S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., del quale si dirà tra poco e nel già esaminato contributo di A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., 539-540. V. *infra* capitolo II, § 1.

(26) Il discorso compiuto da Castronovo sulla distinzione tra clausola generale e norma generale è rivolto ad accreditare la tesi che il sintagma "danno ingiusto" di cui all'art. 2043 c.c. non sia una clausola generale ma una norma generale. Sul punto v. *infra* capitolo II, § 6.

Pur riconoscendo il legame esistente tra clausole generali e potere di concretizzazione giudiziale, o integrazione valutativa che dir si voglia, Stefano Rodotà ritiene che quest'ultimo non sia un carattere esclusivo delle clausole generali, ma riguardi anche principi "...direttive, standards, norme generali, concetti indeterminati" (27). Se si vuole procedere all'individuazione del tratto distintivo delle clausole generali da alcune o da tutte le nozioni congeneri menzionate, non ci si può accontentare di affermare l'esistenza del potere giudiziale di concretizzazione o di integrazione valutativa senza che se ne indaghi la causa. Secondo questa dottrina le clausole generali consistono, infatti, in una particolare tecnica legislativa: nella costruzione di una fattispecie aperta e intenzionalmente indeterminata (28).

È l'intenzionalità dell'indeterminatezza, quindi, a caratterizzare le clausole generali. Muovendo da tale definizione è possibile distinguerle dai principi, poiché "...se con tale termine ci si riferisce alle indicazioni riguardanti i valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte" allora "...le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi" (29). Mentre è più difficile distinguere tra

(27) S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 721.

(28) Per la nozione di fattispecie aperta v. *Ibidem*, 723: "La fattispecie aperta... ricorre quando si opera un esplicito trasferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma". Tuttavia, non tutte le norme con fattispecie aperta sono o contengono clausole generali, ma lo sono o le contengono soltanto quelle norme nelle quali l'indeterminatezza che dipende dalla natura aperta della fattispecie è intenzionale. Sulla questione della indeterminatezza intenzionale della fattispecie è d'obbligo menzionare H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. Torino, Einaudi, 1952, 118, ed è bene rammentare che per Kelsen l'indeterminatezza (intenzionale e non) può riguardare sia la fattispecie (il fatto condizionante nel lessico kelseniano), sia la conseguenza giuridica (il fatto condizionato).

(29) S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 721, ma v. *infra* capitolo II, § 4.

clausole generali e standards, al punto da non poter cogliere, secondo l'illustre autore, un'apprezzabile differenza: se il concetto di standard richiama, infatti, l'idea di normalità "...variabile, ma in qualche modo ancorata da elementi obiettivi... In realtà, l'aggancio a determinati valori attraverso un'idea di normalità variamente espressa non configura una struttura normativa diversa da quella definibile come clausola generale, ma la prospetta in forme tali da accrescere l'accettabilità sociale delle decisioni che su di essa si fondano" (30).

È altrettanto difficoltoso differenziare le clausole generali dai concetti indeterminati; qui Rodotà si discosta da Engisch, che invece segue per quel che riguarda la collocazione delle clausole generali sul piano della tecnica legislativa. Si è visto che Rodotà pensa, al pari di Engisch, che il nucleo concettuale delle clausole generali risieda nell'essere queste ultime una peculiare tecnica di redazione normativa che si sostanzia nel descrivere con elevata generalità un ambito di casi (31), ma ritiene

(30) *Ibidem*, 726. Nella stessa pagina riguardo al rapporto tra clausole generali e direttive si sostiene che "...una distinzione... è possibile, se si intende la direttiva come norma di indirizzo nell'ambito di un programma prefissato, che lascia margini per un adattamento giustificato da una obiettiva situazione di fatto, ma nega al destinatario il potere di procedere ad un apprezzamento autonomo, salvo che si tratti di decidere, eventualmente, intorno alla opportunità di dare o no attuazione alla direttiva stessa". Questo passaggio, come altri contenuti nel denso articolo, si pongono in posizione di dialogo e di critica rispetto alle posizioni di Mengoni brevemente riassunte in precedenza. Rodotà è tornato ripetutamente ad occuparsi delle clausole generali, tra i vari scritti v. almeno *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, rist. inalterata 2004.

(31) K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 193. Si può anticipare sin d'ora che il penalista tedesco ha distinto tra concetti indeterminati, normativi, di discrezionalità e clausole generali e la sua classificazione ha esercitato enorme influenza sulla letteratura successiva (tedesca, italiana e non solo). È bene fornire una sintesi delle distinzioni proposte da Engisch, escludendo i concetti di discrezionalità, non rilevanti per il nostro discorso. I concetti indeterminati hanno contenuto e ambito molto incerti, e a questa catego-

che “...questo può implicare proprio il ricorso a... nozioni indeterminate”, cioè, per usare sempre le parole di Engisch, nozioni “il cui ambito e il cui contenuto sono molto incerti” (32). Ciò che connota le clausole generali è che per esse l’indeterminatezza è intenzionale, voluta dallo stesso legislatore (33). A parere di chi scrive, infatti, far ricorso, quale elemento caratteristico dell’indeterminatezza delle clausole generali, all’intenzionalità non risolve il problema. L’intenzionalità serve a connotare le clausole generali sul piano funzionale in maniera non del tutto soddisfacente, poiché considera poco rilevante la questione della struttura semantica delle clausole generali. Così ragionando si riesce a stabilire che il legislatore ha voluto una certa indeterminatezza, ma non si spiega perché l’abbia voluta e quali conseguenze ciò comporti. La prospettiva va, invece, rovesciata: è attraverso un accorto esame della struttura semantica delle clausole generali che è possibile coglierne appieno la funzione,

ria appartengono i concetti normativi in senso stretto, cioè rappresentabili e comprensibili solo in connessione col mondo delle norme, mentre le clausole generali, lo si è visto, sono una forma di fattispecie che descrive con grande generalità un ambito di casi, contrapponendosi così alla costruzione casistica della fattispecie che descrive i gruppi di casi in maniera specifica. Una tassonomia interessante è quella di H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & C., Berlin, 1950, 271 ss., ove all’interno della categoria “concetti di essenza” si distinguono i concetti etici e quelli permeati di valore. Per ulteriori riferimenti v. E. FABIANI, *Clausole generale e sindacato di Cassazione*, cit., 44-45, nota 89.

(32) K. ENGISCH *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 171.

(33) S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 727-728. Resta sempre aperta, tuttavia, la questione di comprendere con puntualità che cosa sia questa indeterminatezza, questione avvertita dallo stesso Rodotà il quale scrive che “... se può certo dirsi che l’indeterminatezza è connotato comune alla generalità dei concetti giuridici, è pure vero che possono ritrovarsi diverse ‘specie d’indeterminatezza’, che caratterizzano poi la funzione esplicita da ciascuna categoria di concetti” (*Ibidem*, 725). Sul punto v. *infra* capitolo II. In una direzione simile a quella appena riferita si muove M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti d’integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1998, 95 ss.

o le funzioni, e soprattutto se e come quest'ultima/e possa/no essere assolta/e. Senza contare poi che il concetto di intenzionalità del legislatore non è, come noto, così chiaro.

Sin qui la dottrina esaminata ha messo in luce con il lessico più vario la caratteristica peculiare delle clausole generali, indicandola di volta in volta nell'elasticità, nella descrizione generica della fattispecie, nella descrizione della fattispecie con elevata generalità, nell'indeterminatezza intenzionale, nell'eccedenza assiologica e in altro ancora. Il corollario necessario della presenza del carattere menzionato sarebbe una sorta di delega al giudice di un potere integrativo, o di integrazione valutativa o di concretizzazione della fattispecie normativa, configurando, in tal modo, uno speciale statuto dell'applicazione delle clausole generali rispetto alle norme che non sono o non contengono clausole generali, dai contorni oscuri. Giunti a questo punto è bene esaminare quei saggi che si sono soffermati su quest'ultimo profilo.

La tesi della specificità dell'applicazione delle clausole generali è efficacemente rappresentata da quanto scritto da Giovanni D'Amico e Michele Taruffo.

Il primo sostiene che per trovarsi in presenza di una clausola generale "...non basta che gli elementi della fattispecie siano descritti con più o meno notevole grado di indeterminazione. Essenziale è piuttosto, che la norma presenti una *struttura aperta*, nel senso che non operi essa stessa la qualificazione giuridica del fatto, ma 'deleghi' questo compito all'interprete. Non dunque una 'fattispecie' già definita dal legislatore, e sia pure con ricorso a espressioni indeterminate, bensì una fattispecie che spetta al giudice costruire" (34). Dalla caratteristica appena menzionata deriva che la clausola generale è bisognosa di integrazione valutativa, comporta, cioè, la necessità per l'in-

(34) G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, cit., 438.

terprete di porre in essere giudizi di valore del tutto peculiari rispetto a quelli da lui compiuti ove debba applicare norme che non sono o non contengono clausole generali (35). Vediamo in che cosa consiste, secondo D'Amico, la peculiarità in questione. Nell'interpretare e nell'applicare le clausole generali, il meccanismo della sussunzione opererebbe, per così dire, alla rovescia: mentre per le norme che non contengono clausole generali "...è il fatto concreto che va 'sussunto' nella 'norma' (già *data*)", in presenza di clausole generali "...è il giudizio di fatto (*espresso sulla base di parametri extralegali: 'principi dell'etica o del costume', 'canoni estetici', 'regole economiche' e così via*) a riempire il contenuto e a 'concretizzare' la clausola generale" (36).

D'Amico ha avuto il merito di esprimere con chiarezza, una chiarezza che giova alla critica, una posizione condivisa da gran parte della dottrina. La medesima nitidezza va riconosciuta a Taruffo, anch'egli propenso a riconoscere alle clausole generali

(35) *Ibidem*, 439-440, ove si trova scritto che clausola generale "...è dunque — secondo una felice formula — un 'concetto *bisognoso di integrazione valutativa*'. Le 'clausole generali' comportano la necessità che l'interprete ponga in essere dei *giudizi di valore* (sostitutivi dei giudizi di valore del legislatore), e proprio questo rinvio da esse operato all'interprete... spiega la loro caratteristica di 'concetti elastici', contenenti previsioni capaci di 'adeguarsi' e 'adattarsi' ai mutamenti delle condizioni... in cui viene ad operare in ciascun momento storico l'ordinamento giuridico". La nozione di "concetto bisognoso di integrazione valutativa" è ripresa da Engisch (cfr. *infra* capitolo II, § 1), il quale la riferisce ai concetti normativi in senso stretto. Le questioni dell'elasticità, adeguamento, adattamento delle clausole generali sono, come si è visto, ricorrenti nella letteratura civilistica contemporanea.

(36) *Ibidem*, 446, ed ancora 447: "Il contenuto di una clausola generale non è altro, allora, che la risultante *dell'insieme dei giudizi di valore che di volta in volta verranno formulati (dai giudici) in (occasione della) 'applicazione' di quella clausola*; e, sotto questo profilo, è precisissima la definizione che è stata data delle clausole generali come di 'una tecnica di formazione (giudiziale) di regole giuridiche' *col metodo casistico*" (la definizione riportata è quella di Mengoni).

un regime peculiare per quanto riguarda l'applicazione (37). Va precisato che il giurista pavese parla di standard e non di clausole generali (38), sostenendo che ove una norma giuridica faccia riferimento a uno standard "...essa è particolarmente 'aperta' dal punto di vista della struttura logica e semantica", nel senso che una o più variabili dell'enunciato normativo sono indeterminate (39). La menzionata apertura ha come conseguenza, per ciò che concerne l'applicazione della norma stessa, per un verso il rinvio a criteri non giuridici, esterni all'ordinamento giuridico e per l'altro verso l'ampliamento della discrezionalità giudiziale nel compimento dell'attività citata, denominata, pure qui, integrazione valutativa della norma (40). Il ragionamento del giudice basato su standard sarebbe, per Taruffo, modellato secondo uno schema diverso dalla cosiddetta sussunzione sillogistica. Quest'ultima è così strutturata: premessa maggiore costituita dalla norma, premessa minore costituita dal fatto, conclusione di tipo deduttivo. In presenza di uno stan-

(37) Alcuni ritengono che la differenza tra le norme che sono o contengono clausole generali e le altre norme vi sia solo a livello di applicazione, altri sostengono che ciò accade anche per l'interpretazione, altri ancora che riguardi solo l'interpretazione, cfr. in particolare *infra* capitolo II.

(38) Sui molteplici usi del termine standard e sui rapporti con le nozioni di clausole generali e principi del diritto si è soffermato A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit.; su clausole generali e principi del diritto v. *infra* cap. II, § 4.

(39) M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit., 312, e *ivi* nota 2.

(40) *Ibidem*, 313, ove l'autore prosegue scrivendo che "La norma in questione deve dunque essere eterointegrata, ossia 'riempita' in base a criteri metagiuridici o extragiuridici... è il giudice... a compiere questa integrazione valutativa della norma. Questa operazione implica che il giudice svolga un ruolo creativo straordinariamente più ampio rispetto a quello che egli svolge normalmente nell'interpretazione delle norme giuridiche"; e 314: "Non si tratta, infatti, solo di stabilire il significato di un enunciato normativo, ma di formulare la norma — o almeno una parte di essa — riempiendo il 'vuoto' lasciato dal legislatore".

dard l'ordine muta e si ha "...prima il fatto che viene valutato secondo lo *standard*, che viene poi qualificato in base alla norma, e che costituisce infine oggetto di decisione" (41).

L'esame dei saggi (ma pure quello dei manuali), ha fatto emergere i punti nevralgici in tema di clausole generali. Le questioni ricorrenti e ampiamente condivise, tranne qualche eccezione, dalla dottrina sono, infatti, le seguenti: *a*) le clausole generali sono norme, o parti di norme (42); *b*) sono caratterizzate, in maniera affatto particolare, da indeterminatezza semantica (associata a una specifica tecnica di costruzione della fattispecie); *c*) in ragione del punto precedente l'interpretazione e/o l'applicazione delle clausole generali richiedono un'integrazione valutativa da parte del giudice; a quest'ultimo sarebbe attribuito un particolare potere di concretizzazione, ossia una delega a determinare, almeno in parte, la fattispecie normativa; *c1*) l'integrazione valutativa non può che avvenire rifacendosi a criteri esterni al diritto, di natura morale, sociale etc.; a tali criteri farebbe rinvio la stessa clausola generale e grazie a essa l'ordinamento giuridico sarebbe in grado di adeguarsi, di tenere il passo con mutamenti di vario genere e tenore (43); *c2*) ne con-

(41) *Ibidem*, 319, e nella stessa pagina: "Ciò significa che il punto di partenza non è la norma, ma il fatto: è il fatto concreto che una volta accertato, viene valutato secondo lo *standard*, per essere poi qualificato secondo la norma. Per così dire l'integrazione della norma non si verifica al livello dell'interpretazione, ma a quello della sua applicazione al caso di specie: il fatto, e non la norma, è il punto di riferimento per l'impiego dello *standard*, la norma è integrata dallo *standard* perché il fatto cui essa viene applicata è valutato sulla base dello *standard*".

(42) La questione se le clausole generali siano identificabili con l'intera norma, o solo con una parte di essa pare banale, ma non lo è, vista l'incertezza lessicale che domina la dottrina sull'argomento, pertanto la questione va opportunamente chiarita cfr. A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., 632, e *infra* § 5.

(43) Che la cosiddetta integrazione valutativa avvenga sempre rifacendosi a criteri morali, sociali (in ogni caso esterni al diritto) è un punto delicatissimo, ma condiviso dalla gran parte della dottrina, tranne rare opinioni di-

segue che l'applicazione delle clausole generali non avviene secondo il modello della sussunzione sillogistica (44).

4. *I giudici e la nozione di "clausola generale"*.

Esaminata per sommi capi la dottrina, è necessario dar conto, in guisa estremamente sintetica, della giurisprudenza e alla fine del paragrafo tirare le fila del discorso compiuto allo scopo di riassumere i punti cardine da discutere nei paragrafi successivi (45).

Si è già detto che non si rintraccia un numero particolarmente elevato di decisioni giudiziali nelle quali venga tematizzata espressamente la nozione di clausola generale, ma, al pari di quanto accade per la dottrina, si associano o si sostituiscono, a seconda dei casi, alla nozione considerata le note formule: norma elastica, standard, concetto indeterminato o generico,

scordi, quali per esempio quelle di A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., § 5 e 6; l'esame di questo profilo occupa parte del capitolo II. Si può rilevare sin da ora che la nozione di integrazione valutativa sembra assumere nei discorsi dei giuristi due significati: per un verso essa allude ad una totale indeterminatezza; per l'altro verso essa sembra richiamare il riferimento ad un valore extragiuridico.

(44) Pure su questo le voci dissenzienti sono poche, cfr. ancora A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., 636-637, 640, e *infra* capitolo II, § 5.

(45) Si vuole evitare, cioè, la "trappola dell'ontologismo" nella quale sovente giuristi e giudici (anche inconsapevolmente) cadono proponendo definizioni stipulative non perspicue e rivolte a individuare la pretesa essenza di ciò di cui trattano. Rischio da tempo segnalato dalla teoria del diritto analitico, cfr. con riferimento al concetto diritto e alla sua definizione U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, Nuvoletti, 1955, 3: "L'interesse principale del metodo analitico consiste secondo me nell'importare contributo diretto a evitare che le nostre ricerche si impiglino nelle parole, e dirigerle alla sostanza dei problemi... così la discussione sulla definizione del diritto... tende a mostrare che non esiste la definizione del diritto".

potere di integrazione o concretizzazione (46). Scendiamo più nel dettaglio.

È possibile individuare tre temi ricorrenti nella giurisprudenza che usa il sintagma clausola generale, ossia: *a)* le clausole generali sono norme o parti di norme elastiche, indeterminate; *b)* ciò comporta la necessità di una loro integrazione da parte del giudice per poterne determinare il significato; *c)* tale integrazione (a volte denominata “concretizzazione”) è un giudizio di valore che può essere compiuto sulla base di svariati criteri (in certe occasioni denominati “standard”).

La Corte di Cassazione si esprime sovente secondo formule che comprendono i tre punti appena segnalati, sostenendo, per esempio che “L’operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell’applicare clausole generali come quella dell’art. 2119 c.c., che, in tema di licenziamento per giusta causa, detta una tipica ‘norma elastica’, non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell’applicazione della clausola generale, poiché l’operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall’ordinamento generale e... agli ulteriori ‘standard’ valutativi rinvenibili, oltre che nella disciplina collettiva, anche nella coscienza sociale” (47). Le questioni

(46) Tra le tante Cass. civ. 15.11.2001, n. 14299, *Foro it.*, I, 2003, 1845, ove si tratta delle clausole generali come precetti indeterminati bisognosi di concretizzazione e di integrazione. Sul punto v. F. ROSELLI, *Clausole generali: l’uso giudiziario*, in *Politica del diritto*, 1988, 667-681.

(47) Cass. civ., 8.5.2000, n. 5822, *Foro it.*, I, 2003, 1846. Per il riferimento a norme elastiche v. anche Cass. civ., 13.4.1999, n. 3645, *Foro it.*, I, 2003, 3556, con nota di E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, “standards” valutativi e principi generali dell’ordinamento*; e con parole pressoché identiche Cass. civ., 3.8.2001, n. 10750, *Foro it.*, I, 2003, 1845. Sulla necessità di una integrazione e concretizzazione della norma per opera del giudice insiste Cass. civ., 26.7.2002, n. 11109, in *Mass giust. civ.*, 2002, 1376: “La giusta causa di licenziamento... configura una disposizione (ascrivibile alla tipologia delle cosiddette clausole generali) di limi-

della elasticità delle clausole generali e della loro necessaria integrazione, dovuta proprio alla asserita elasticità, costituiscono il vero nocciolo duro delle argomentazioni giurisprudenziali (48). Ciò che però la giurisprudenza solitamente non si preoccupa di fare, è di mettere adeguatamente in luce da che cosa dipenda l'elasticità della clausola generale; per quale ragione ciò comporti un'integrazione valutativa, ovvero un giudizio di valore del giudice affatto peculiare; quale nesso vi sia tra integrazione valutativa e criteri individuati e individuabili per realizzarla (49).

tato contenuto, delineante un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama". È da notare, per questa sentenza al pari di quella citata nel testo, il riferimento a criteri di integrazione non solo extragiuridici. Buona parte delle pronunce ineriscono alla questione se sia possibile o meno effettuare un controllo di legittimità sui giudizi espressi sulla base di clausole generali o se ciò sia appannaggio esclusivo dei giudici di merito. Il modo più sbrigativo col quale talvolta la giurisprudenza si oppone alla possibilità di esperire il controllo consiste nel negare ad alcuni termini lo statuto di clausola generale, v. Cass. civ., 15.11.2001, n. 14229, *Foro it.*, I, 2003, 1845, e Cass. civ., 19.6.2000, n. 8313, *Riv. it. dir. lav.*, II, 2001, 112, con nota di M.L. VALLAURI: "Spetta al solo giudice di merito la valutazione della gravità dell'inadempimento ai fini della sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo di recesso, non essendo queste ultime clausole generali che necessitino di un'attività di integrazione da parte del giudice per dare concretezza al contenuto del precetto normativo, ma piuttosto specificazioni del generale principio previsto dall'art. 1455 c.c. circa la rilevanza che deve avere l'inadempimento per legittimare la risoluzione del contratto".

(48) Cfr. Cass. civ. sez. un., 17.1.1991, n. 401, *Foro it.*, 1992, I, 2243. Ma lo si può riscontrare anche in una decisione della Corte dei Conti, v. Corte dei Conti sez. riun., 9.4.1990, n. 659, *Riv. corte conti*, 1990, 4, 25.

(49) Di solito, lo si è visto, vengono affastellati i criteri della più varia natura. Ma anche le sentenze che compiono un lodevole sforzo chiarificatore non hanno miglior sorte, cfr. Cass. civ., 22.4.2000, n. 5299, *Foro it.*, I, 2003, 1847: "L'operazione valutativa con la quale il giudice di merito applichi clausole generali, come quella dettata dall'art. 2119 c.c., tipica norma elastica contenente la nozione di giusta causa di licenziamento, non può sfuggire ad una verifica di legittimità, al pari di ogni altro giudizio fondato su qualsiasi norma di legge, e deve rispettare i principi desumibili dall'ordinamento generale, a

A quanto pare alcuni dei nodi problematici emersi dalla sintesi della dottrina permangono anche per la giurisprudenza, per cui vale la pena riassumerli brevemente e nel prosieguo del capitolo iniziare a soffermarsi su di essi: le clausole generali sono generiche, indeterminate e per questo elastiche, ovvero bisognose di concretizzazione e integrazione valutativa per opera dell'interprete affinché se ne possa determinare il significato. I profili essenziali cui accostarsi sono quindi l'indeterminatezza delle clausole generali e la cosiddetta integrazione valutativa, nonché le nozioni a esse correlate e sovrapposte.

5. *Le questioni in gioco. Termini e sintagmi o enunciati?*

Prima di delineare i punti salienti dell'indagine è opportuno affrontare un primo aspetto, apparentemente banale, ma al contrario rilevante, riguardante le clausole generali. Il punto è il seguente: le clausole generali sono singole parole o sintagmi contenuti in uno o più enunciati normativi, oppure sono enunciati normativi? Rileva, infatti, Paolo Comanducci: “Vi sono delle disposizioni nelle quali il legislatore usa espressioni quali: « danno grave », « buona fede », « comportamento imprudente », « buon costume », « comune sentimento », « convivenza intollerabile »,

cominciare da quelli costituzionali, la disciplina particolare (anche collettiva) in cui la concreta fattispecie si colloca e — anziché vaghi criteri morali e politici — gli standard valutativi rinvenibili nella specifica disciplina, anche di fonte negoziale, del rapporto e nella coscienza sociale”; Cass. civ., 19.3.2008, n. 7388, banca dati Giuffrè *de jure*, ove in motivazione si legge: “...che la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento è una nozione che la legge — allo scopo di un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo — configura con una disposizione (ascrivibile alla tipologia delle cosiddette clausole generali) di limitato contenuto, delinente un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa, mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama”.

«ordine pubblico», «diligenza del buon padre di famiglia», «termine congruo», «interesse meritevole di protezione», «giusta causa» ecc. Queste espressioni sono spesso definite, in dottrina, come «clausole generali». Talvolta, però, si chiamano «clausole generali» le disposizioni di legge che contengono tali espressioni” (50). I discorsi proposti dai giudici e soprattutto dagli studiosi del diritto hanno lasciato aperto l’interrogativo, ma quest’ultimo può essere sciolto piuttosto agevolmente a favore della tesi che le clausole generali sono singoli termini o sintagmi contenuti in uno o più enunciati normativi, e non interi e compiuti enunciati normativi (51).

In effetti il lessico di giuristi e giudici è piuttosto ambiguo, potendosi sovente rintracciare l’affermazione che le clausole generali sono “norme”, ma a ben vedere coloro che compiono tale affermazione lo fanno per due ragioni. Per un verso al fine di assegnare ai termini o ai sintagmi considerati clausole generali un valore precettivo, per spiegare, cioè, seppur in maniera non proprio cristallina, in qual guisa esse possano qualificare dei comportamenti. È chiaro che la presenza all’interno di un enunciato normativo di una o più clausole generali condiziona l’interpretazione, ovvero la determinazione del significato, dell’enunciato normativo medesimo, ma ciò è una conseguenza della presenza di una o più clausole generali all’interno dell’enunciato, non della perfetta sovrapposizione tra clausola ed enunciato. Per l’altro verso, quando si riferiscono a norme, giuristi e giudici lo fanno intendendo le norme cui il termine o il sintagma (clausola generale) secondo loro rimanda (52).

(50) P. COMANDUCCI, *Su Taruffo*, P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, cit., 350.

(51) Cfr. C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, cit., *passim*, ove si discorre di “norma contenente una clausola generale”.

(52) L’osservazione è di A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpre-*

Un esempio può rivelarsi chiarificatore. All'interno della dottrina civilistica italiana è abitudine ricorrente ravvisare nell'art. 2043 c.c. una clausola generale (53). L'enunciato normativo in questione è così formulato: "Qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno". Orbene, coloro che indicano nell'art. 2043 c.c. una clausola generale non asseriscono che le parole "fatto", "obbliga", "colui", sono clausole generali, ovvero presentano uno specifico profilo di vaghezza o indeterminazione e comportano un'opera di integrazione valutativa dell'interprete etc.; sostengono, invece, che il sintagma "danno ingiusto" è una clausola generale, in quanto determinare a quali condizioni un danno possa dirsi ingiusto richiede di dover affrontare una particolare vaghezza o indeterminazione etc. In poche parole: quando giudici e giuristi affermano che le clausole generali sono "norme" non fanno altro che usare una *sineddoche*, indicando il tutto per la parte. Oppure accade che la parola norma sia riferita ai criteri cui la clausola generale rimanda per la determinazione del proprio significato (nell'esempio fatto ai criteri di determinazione dell'ingiustizia del danno) (54).

Si può porre, già a questo punto, un primo, modesto, elemento utile alla definizione lessicale in via di ricognizione e alla

tazione e produzione di norme, cit., 645, nota 8: "nonostante... si dica che 'le clausole generali sono norme incomplete'... o si parli di una norma 'contenuta in una fattispecie aperta, appunto in una clausola generale'... Queste espressioni sono probabilmente frutto di ellissi, ovvero si riferiscono alle norme *richiamate* dalla clausola generale... norme che sono ovviamente diverse da quella... che la contiene". Emerge, già a questo punto, l'opportunità di delineare i rapporti tra clausole generali e standard valutativi, ma il lettore dovrà pazientare un po', troverà un tentativo di risposta nel prosieguo del lavoro, ossia nel capitolo II.

(53) L'esempio sarà ripreso nel prossimo capitolo.

(54) Questo profilo costituisce il cuore del dibattito, dalla sua configurazione in un modo o nell'altro dipendono tutti o quasi gli altri aspetti problematici di volta in volta segnalati sul tema oggetto di studio.

ridefinizione della nozione di clausola generale che si intende compiere: le clausole generali sono termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi.

Questo piccolo tassello è però insufficiente, bisogna chiarire, infatti, di che tipo di termini e sintagmi si tratta.

6. *Vaghezza e indeterminatezza.*

Il secondo profilo messo in luce dall'analisi della dottrina e della giurisprudenza è senza dubbio quello della pretesa peculiarità semantica delle clausole generali. Esse vengono variamente declinate come: altamente vaghe, generiche, indeterminate e altro ancora. Cerchiamo, dunque, di affrontare in prima approssimazione la questione del tratto semantico delle clausole generali, muovendo dall'esame di figure ben conosciute di incertezza del significato e costruendo una griglia concettuale di riferimento utile alla proposta di una definizione lessicale e alla esposizione della tesi che si ritiene corretta (55).

Nell'ambito della filosofia del linguaggio contemporanea i problemi di incertezza del significato sono stati studiati a fondo e sono tuttora dibattuti: qui di seguito mi limiterò a fornirne un quadro essenziale in ordine ai profili meno controversi, o se si preferisce, più pacifici.

Si può avere incertezza del significato di un termine o di un sintagma o di un enunciato se si è in presenza di: vaghezza di grado, vaghezza combinatoria, ambiguità. Esaminiamo singolarmente, per quanto in estrema sintesi, queste figure (56).

(55) Tesi che sarà esposta e argomentata soprattutto nel capitolo II, specie ai § 2 e 3.

(56) La letteratura di filosofia del linguaggio su questi temi è sconfinata e mi limito a segnalare sulla vaghezza l'antologia curata da D. GRAFF, T. WILLIAMSON (eds.), *Vagueness*, Aldershot, Ashgate, 2002, *passim* e sull'ambiguità

Vaghezza di grado (o vaghezza senza specificazioni ulteriori): riguarda il significato, consiste nella difficoltà di poter riferire il significato di un termine ad alcuni casi, ovvero si tratta di una proprietà del significato e si intende che quel significato non può essere delimitato con precisione. Per esemplificare: il significato X si riferisce a Y, non si riferisce a Z, ma è dubbio se si riferisca a F (riguardo al significato di “persona alta”: una persona di mt 1,90 è alta, una persona di mt 1,50 non è alta, una persona di mt 1,70 può dirsi o non dirsi alta?) (57). La defini-

S. ULMANN, *La semantica. Introduzione alla scienza del significato* (1962), trad. it. Bologna, Il Mulino, 1966, 249 ss., nonché R.M. KEMPSON, *La semantica* (1977), trad. it. Bologna, Il Mulino, 1977, 185 ss.; S. MARCHETTI, *Uscire dal vago: analisi linguistica della vaghezza nel linguaggio*, Bari-Roma, Laterza, 2006, *passim*. È importante, invece, segnalare una serie di pregevoli contributi di filosofi del diritto di sicura rilevanza non solo per l'ambito giuridico: il riferimento è a C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., *passim*; ID., *Le metafore della vaghezza*, in *Analisi e diritto 1999*, a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, Torino, Giappichelli, 2000, 117-130; ID., *Ricominciando dal sorite*, in M. MANZIN e P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense*, Milano, Giuffrè, 2006, 29-59, ove si trovano aggiornati riferimenti di letteratura e una attenta discussione delle tesi, peculiari nel panorama attuale, di Williamson; G. TUZET, *Pragmatica dell'indeterminato*, *Annali dell'Università di Ferrara*, sez. V, 2006, 159-190; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, 360 ss.; J. EVANS, *Statutory Interpretation. Problems of Communication*, Oxford, Oxford University Press, 1988, 117 ss.; T.A.O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, *passim*; nonché il saggio, un po' trascurato, a torto, dagli stessi filosofi del diritto, di G. WILLIAMS, *Language and the Law*, in *Law Quarterly Review*, n. 61, 1945, 71-86, 179-195, 293-303, 384-406, e n. 62, 1945, 387-406. Si aggiungano R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, 350-351, 450-451; J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de estudios político y constitucionales, 1997, *passim*.

(57) Si è più volte avvertito che quanto si va dicendo è una semplificazione del complesso tema della vaghezza, compiuta col mero scopo, già di per sé disagiata, di porre in luce il tratto semantico proprio delle clausole generali. Avverte infatti J.R. TAYLOR, *La categorizzazione linguistica*, (1955), trad. it. Macerata, Quodlibet, 1999, 105, proprio con riferimento all'esempio riprodotto nel testo: “Ad una indagine più attenta anche ALTO finisce col non es-

zione di vaghezza che si è appena fornita è tra le più diffuse, con qualche variazione lessicale ma non di sostanza, sia in ambito giusfilosofico, sia in ambito filosofico linguistico; se accolta ci consente di dire che la vaghezza è una caratteristica riguardante tutte le parole delle lingue naturali che si riferiscono a cose o fatti, ma non riguarda i termini numerici e della geometria, così come i connettivi (e, o, non, se, allora) e i quantificatori (tutti, alcuni, nessuno) (58). Si tratta, secondo i più, di un fenomeno riducibile ma non eliminabile.

sere una categoria sfumata classica. Il significato di alto rivela una complessa interazione di componenti talvolta molto intricata”. Una sintesi dei contributi più importanti e degli sviluppi recenti degli studi sulla vaghezza è contenuta nel pregevole lavoro di M. CARRARA e V. MORATO, *Una guida ad alcuni temi fondamentali di logica filosofica*, SWIF - Servizio Web Italiano per la Filosofia, (www.swift.it), 2006, 75-97.

(58) Cfr. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., 367; C. LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, cit., 117: “Un’espressione linguistica si dice vaga allorché i confini della sua area di applicazione, attuale o meramente possibile (a seconda che si tratti di vaghezza estensionale oppure di vaghezza intensionale), non sono delineati in modo netto. A causa di fluttuazioni dell’uso, accanto a una serie di ipotesi applicative non particolarmente controverse e relativamente chiare o paradigmatiche, si verificano anche alcuni casi limite”. E ancora J. EVANS, *Statutory Interpretation*, cit., 117: “Vagueness occurs when the boundaries of some term or expression are not precise. Problems arise from this source when we are confronted by a marginal case and are uncertain whether it should or should not be included within the scope of some term or expression”; D. EDGINGTON, *The Philosophical Problem of Vagueness*, *Legal Theory*, 7, 2001, 371-378, 371: “Think of the colour spectrum, spread out before you. You can identify the different colours with ease. But if you are asked to indicate the point at which one colour ends and the next begins, you are at loss. ‘There is no such point’ is a natural thought: One colour just shades gradually into the next. This is an illustration of the vagueness that infects a great deal of our vocabulary: old, bald, tall... There are cases where these predicates clearly apply or clearly fail to apply. But there are (it seems) no sharp cutoff points. There are borderline cases in which they neither clearly apply nor clearly fail to apply. And it is not even clear where the clear cases end and the borderline cases begin”. Nell’ambito della filosofia del linguaggio v. W.P. ALSTON, *Filosofia del linguaggio* (1964), trad. it. Bologna, Il Mulino, 1971, 135: “Si dice che un termine è vago se vi

Vaghezza combinatoria: riguarda anch'essa il significato e non è relativa a grandezze misurabili come la vaghezza di grado, ma si ha in ragione di una combinazione di caratteristiche. A differenza della vaghezza di grado quella combinatoria non è a una dimensione, bensì pluridimensionale. Il medesimo significato X si riferisce a Y con caratteristiche A e B; si riferisce a Z con caratteristiche A e C; si riferisce a F con caratteristiche B e C: non c'è una caratteristica che sia comune a Y, Z e F (59).

Ambiguità: riguarda i termini, i sintagmi e gli enunciati, e si ha ove questi esprimano più significati o tra loro totalmente irrelati, ed è il caso dell'omonimia, oppure aventi tutti un carattere in comune, ed è il caso dell'ambiguità, per così dire, in senso stretto, ma in entrambi i casi si ha un fenomeno diverso dalla vaghezza combinatoria, alla quale pure assomiglia: qui non

sono dei casi in cui non vi è una risposta precisa riguardo all'applicazione del termine". Queste definizioni di vaghezza includono anche la vaghezza combinatoria di cui si dirà tra poco, ma sono state concepite in origine rappresentandosi esclusivamente i problemi tipici della vaghezza di grado. Si pone in contrasto con la tesi che la vaghezza riguarda il significato e non gli enunciati A. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2000, 562 e note 58 e 59. Scritti per così dire "classici" sulla vaghezza sono quelli di B. RUSSELL, *Vagueness*, *Australian Journal of Philosophy*, 1, 1923, 84-92 e M. BLACK, *Vagueness. An Exercise in Logical Analysis*, *Philosophy of Science*, 4, 1937, 427-455.

(59) L'esempio è tratto con alcune modifiche da M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, cit., 93. La nozione di vaghezza combinatoria è stata introdotta da W.P. ALSTON, *Filosofia del linguaggio*, cit., pp. 139-143; in ambito filosofico giuridico v. anche E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., 369: "Si ha vaghezza combinatoria ove le condizioni per l'applicazione di una espressione linguistica siano molteplici e non esattamente determinate, nel senso che non è possibile stilare una lista compiuta dei caratteri che devono essere presentati da una cosa o da un fatto affinché a questi sia applicabile l'espressione in oggetto". Vaghezza combinatoria e vaghezza intensionale possono avere, a seconda del modo in cui vengono definite, il medesimo significato, come accade ritenendo un predicato intensionalmente vago se l'insieme delle proprietà che connota non è fisso.

v'è, come per la vaghezza combinatoria, una molteplicità di condizioni non ben determinate per l'applicazione di un'espressione linguistica, bensì il termine, il sintagma, l'enunciato è in grado di esprimere più significati. L'ambiguità determina, quindi, una pluralità di significati, ciascuno dei quali può essere più o meno vago (sia con riguardo alla vaghezza di grado, sia a quella combinatoria) (60).

Si è soliti raggruppare i differenti fenomeni ora accennati sotto la formula di *indeterminatezza* del significato (61). La formula è sufficientemente esplicativa, ma può risultare fuorviante

(60) Sull'ambiguità è eccellente la trattazione di C. BIANCHI, *La dipendenza contestuale. Per una teoria pragmatica del significato*, Napoli, Esi, 2001, 173-252, ove ulteriori riferimenti; per una definizione di ambiguità, v. G. CARCATERRA, *Metodologia giuridica*, in *Corso di studi superiori legislativi 1998-1989*, Padova, Cedam, 1990, 172: "In una espressione ambigua... non c'è lo sfumare di un unico significato dal certo all'incerto, ma l'alternativa tra due (o più) possibili significati tra loro diversi, che quella espressione può rivestire". Anche l'ambiguità è stata variamente classificata, ad esempio R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 352-355, mette in luce che l'ambiguità può derivare da tre diversi fattori: semantici, sintattici e pragmatici; J.J. MORESO I MATEOS, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2005, 163, indica cinque tipi di ambiguità e così li definisce: "ambigüedad *f* Decimos que una expresión E es ambigua si, y sólo si, tiene varios significados; ambigüedad contextual *f* Decimos que una expresión lingüística es C-ambigua si, y sólo si, tiene varios significados en un contexto determinado; ambigüedad contextual alternativa *f* Decimos que una expresión es CA — ambigua si, y sólo si, tiene varios significados en un contexto determinado, pero de manera alternativa; sólo es posible asignar a la expresión uno de los diferentes significados posible y no más de uno; ambigüedad contextual simultánea *f* Decimos que una expresión es CS — ambigua si, y sólo si, tiene más de un significado dentro de un contexto determinado y de manera simultánea; ambigüedad extracontextual *f* Decimos que una expresión es E-ambigua si, y sólo si, tiene varios significados al margen de cualquier contexto". L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto, Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, 3, 1998, 155-163 contrariamente all'uso prevalente dei filosofi del linguaggio, dei linguisti (e pure dei teorici del diritto, specie di quelli analitici) introduce un uso di "vago" e "ambiguo" suo proprio.

(61) Cfr. per esempio R. M. KEMPSON, *La semantica*, cit., *passim*.

se calata nel contesto di studio che ci impegna, per cui chi scrive preferisce la nozione di *incertezza* del significato (e infatti la si è già usata proprio in questo paragrafo). In tutti questi casi (inclusa l'indeterminatezza alla quale si farà cenno tra breve) il significato è incerto, seppur per ragioni diverse: per la vaghezza di grado v'è incertezza sull'applicazione del criterio che ne governa l'applicazione medesima; per la vaghezza combinatoria l'incertezza riguarda l'applicazione della molteplicità dei criteri; per l'ambiguità v'è incertezza su quale sia il significato, essendovene più di uno.

Orbene, per ciò che concerne le clausole generali si è avuto cura di sottolineare in maniera costante e quasi ossessiva da parte della prevalente dottrina e della giurisprudenza, che esse sono diverse da altri termini o sintagmi, in quanto non si limiterebbero a scontare i "comuni" profili di incertezza del significato, bensì ne presenterebbero uno affatto specifico. Ecco allora che la vaghezza non è più di grado o combinatoria, bensì "da rinvio", oppure "socialmente tipica"; non v'è una indeterminatezza qualsiasi, bensì una indeterminatezza diversa. Tali affermazioni restano sovente prive di approfondimento: si presenta dunque la necessità di porre per prima cosa un po' di ordine lessicale. Iniziamo dalla nozione di indeterminatezza, nozione che più delle altre appare compromessa con le clausole generali.

Indeterminatezza: questa parola si usa spesso per raggruppare sotto un unico genere le varie specie di vaghezza e l'ambiguità, ma è preferibile per i nostri scopi farne un uso più puntuale, in ragione della specifica rilevanza che il termine assume per le clausole generali. All'uso di cui si è or ora fatto cenno, è possibile affiancarne un altro, che si assume come punto di riferimento: si ha indeterminatezza quando ricorre un termine o sintagma valutativo il/i cui criterio/i di applicazione non è/sono determinabile/i se non attraverso il ricorso a parametri di giudizio tra loro potenzialmente concorrenti.

Questo uso del termine “indeterminatezza” si rivela maggiormente perspicuo, mette bene in luce che il significato è incerto in quanto la determinazione del significato stesso dipende dalla scelta di uno o più criteri tra loro potenzialmente concorrenti e consente di differenziare questo tipo di incertezza del significato dalle altre, senza sovrapposizioni parziali o totali che siano (62). Facciamo un esempio. Si è visto che la giurisprudenza ha associato sovente la nozione di clausola generale a quella di giusta causa di licenziamento. Viene da chiedersi: quando una causa di licenziamento può dirsi giusta? La risposta a questo interrogativo non può essere data se non adottando, tra quelli disponibili, un parametro di giudizio in ordine a ciò che è giusto o ingiusto, ed anzi a ciò che è giusto o ingiusto con riguardo ai licenziamenti.

Riassumendo. Esistono varie situazioni di incertezza del significato di un termine o sintagma (o di un enunciato), ovvero: la vaghezza, di grado e combinatoria, l'ambiguità, l'indeterminatezza. In ognuna di queste situazioni l'incertezza del significato è dovuta a fattori diversi. Con riguardo alle clausole generali interessano le nozioni di vaghezza e di indeterminatezza. Interessa la vaghezza perché per le clausole generali parrebbe entrarne in gioco un terzo tipo, denominata di solito vaghezza socialmente tipica o da rinvio; interessa l'indeterminatezza perché sovente, lo si è ripetuto più volte, le clausole generali vengono ritenute indeterminate e l'indeterminatezza sarebbe in qualche guisa altro dalla vaghezza comune (in molti scritti, infatti, “indetermi-

(62) Per una prima elaborazione, a fondo rivista e ampliata nel cap. II di questo saggio, v. il mio *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, cit., § 4. È ben noto che in teoria del diritto si discute da tempo di questioni relative alla determinatezza, sottodeterminazione e indeterminatezza dell'ordinamento giuridico, ma tali questioni si collegano marginalmente al tema del presente studio, per un accostamento e gli essenziali riferimenti bibliografici v. M. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, New York, Cambridge (Mass.) University Press, 2007, 187-232.

natezza” è sinonimo perfetto o parziale “di vaghezza socialmente tipica”) (63).

Ma dottrina e giurisprudenza fanno risaltare un punto da non trascurare: dalla specifica vaghezza o dall’indeterminatezza consegue un intervento dell’interprete nella determinazione di significato della clausola generale stessa di *qualità diversa o solo di differente quantità* rispetto alla determinazione del significato degli enunciati normativi che non contengono clausole generali? Emerge con decisione dalle pagine precedenti la prima opzione: la sua chiarificazione si lega all’esame della nozione di indeterminatezza sopra riportata ed è appunto una delle questioni più importanti da dirimere. La seconda opzione non è però estranea né alla dottrina né alla giurisprudenza, o almeno pare non esserlo, e per poterne valutare la fondatezza (o l’infondatezza) è necessario introdurre altre due nozioni: quelle di generalità e genericità (64).

Un termine, un sintagma (o anche un intero enunciato) è generale se dice “...qualcosa che vale contemporaneamente per *tutti* gli oggetti che appartengono ad una data classe” mentre è generico “...se dice qualche cosa che vale per *qualcuno* soltanto degli oggetti appartenenti alla classe. Il grado di generalità e il grado di genericità dipendono poi dall’ampiezza della classe considerata” (65).

(63) Per gli adeguati chiarimenti *infra* capitolo II, § 1 e 2.

(64) A sostegno cfr. *retro* nota 13.

(65) C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 50, e dello stesso autore 1984 *ovvero l’indifferenza dei principi*, in *Rassegna Forense*, 2/2006, 939-951, per la differenza tra genericità e vaghezza specie 940: “La *genericità* è un fenomeno ben diverso dalla vaghezza. Mentre una asserzione vaga è un’asserzione indecidibile, che non possiamo sapere se sia vera o falsa, un’asserzione generica è decidibile, essa è vera, ma è vera in modo banale, *poco informativo*”. Pur se spesso si ha a che fare con enunciati generici in quanto poco informativi che contengono termini vaghi. Va rimarcato che se può accadere che giuristi e giudici designino come una clausola generale ciò che presenta il carattere della genericità o della generalità, è altrettanto vero che la loro speci-

Queste sono le nozioni di generalità e di genericità che ci consegna la letteratura specialistica di semantica, e in effetti una eco di tali nozioni pare potersi ravvisare in quella dottrina che richiama l'idea che le clausole generali, in quanto espressione di sintesi, contemplino un "elevato ambito di casi". Non solo, sovente l'attributo della generalità viene ascrivito richiamando, in vero, casi di genericità piuttosto che di generalità vera e propria. Ma avviene anche l'inverso e si parla di genericità richiamando il concetto di generalità. Oppure accade che "generalità" e/o "genericità" vengono usate con significato differente da quello qui riportato.

A questo punto occorre compiere una puntualizzazione importante. Innanzi tutto se la differenza tra le clausole generali e i termini o sintagmi che non lo sono fosse di mero grado, quantitativa, ovvero della misura della discrezionalità di cui è dotato l'interprete, verrebbero meno tutte le conseguenze che solitamente si associano alle clausole generali, quali per esempio, il potere di concretizzazione del giudice, l'impossibilità di strutturare il ragionamento in termini sillogistici, etc. Per essere chiari: se non v'è differenza qualitativa sul piano semantico come può esservi diversità anch'essa qualitativa sul piano interpretativo e applicativo? Bisognerebbe coerentemente asserire che l'interprete gode sempre della medesima discrezionalità, seppur in diverso grado a seconda dei casi, indipendentemente dall'aver a che fare o dal non avere a che fare con clausole generali. Non che la misura della discrezionalità sia irrilevante o di poco conto, ma se il punto fosse questo il dibattito sulle clausole generali sarebbe insensato, almeno nei termini in cui si è sin qui sviluppato in letteratura.

ficità non risiede in ciò ma nella presenza di un carattere ulteriore, aggiuntivo e peculiare dal quale discenderebbero poi tutte le questioni già elencate nelle pagine precedenti.

Tuttavia, le cose stanno diversamente. Dottrina e giurisprudenza hanno dato vita, lo si è sottolineato e documentato, 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. Inseguirne i mille rivoli vorrebbe dire, con buona probabilità, perdere di vista gli aspetti più rilevanti, o attribuire a incisi sporadici o 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. Ne consegue che non si trova pressoché mai una netta affermazione della seconda opzione di cui si sta discutendo, ma la si trova solo evocata al fine preciso di spostare l'attenzione su una preferenza terminologica: quelle che alcuni chiamano clausole generali andrebbero invece correttamente chiamate in maniera diversa, ossia concetti indeterminati, a contenuto variabile o altro ancora; ma in tal guisa, appare palese, i problemi sin qui segnalati si presentano intatti.

Insomma il dato è che in dottrina e in giurisprudenza si usano le parole vaghezza, generalità, genericità, indeterminazione con significati “atecnici”, lontani o solo marginalmente imparentati con gli usi dei contesti in cui tali espressioni sono sorte e vengono studiate e affinate. Non è opportuno soffermarsi troppo su di essi, bensì il cammino da seguire è un altro: censito il tipo prevalente dei termini cui viene attribuita la natura di clausola generale; visto che ai predetti termini viene attribuito, per così dire, uno speciale statuto semantico; visto che da ciò ne scaturiscono delle conseguenze sul piano interpretativo e applicativo; allora si rende necessario capire in che cosa consista il peculiare carattere semantico, denominarlo in maniera efficace e valutare se sia corretto far derivare da esso le conseguenze interpretative e applicative solitamente accreditate.

Vale la pena, quindi, concentrarsi sulla tesi, denominata per comodità espositiva in questo paragrafo della *differenza qualitativa*, che è, invece, ricorrente e costituisce il dato costante, comune a letteratura e giurisprudenza riguardante le clausole generali (66). Muovendo dalle considerazioni compiute è possibile, quindi, far risaltare un nucleo concettuale, una base riconoscibile di problemi e questioni attinenti alle clausole generali, problemi e questioni che ruotano intorno a una particolare qualità semantica delle stesse clausole generali dalla quale scaturiscono tutta una serie di corollari. Nell'esaminare questo aspetto ci si atterrà al quadro concettuale e lessicale che si è tracciato in questo paragrafo.

Ecco, dunque, un altro elemento della definizione lessicale che si sta costruendo, definizione che allo stato attuale della riflessione compiuta è la seguente: le clausole generali sono termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi caratterizzati da peculiare vaghezza o da indeterminatezza (non assimilabile alla vaghezza di grado, combinatoria, all'ambiguità, alla generalità e alla genericità).

7. *Un punto ricorrente: l'integrazione valutativa.*

Il terzo profilo onnipresente nelle discussioni sulle clausole generali è la cosiddetta integrazione valutativa. Sia in dottrina,

(66) A conforto di quanto appena detto si vedano in ambito giusprivatistico F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, Jovene, 2006, 20 e nota 27; P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, cit., 12; per l'ambito giupubblicistico v. A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., 655; icastiche le parole di A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., 634: "Risulta così quanto sia forte il rapporto tra clausole generali e giudizi di valore: questi infatti non si limitano a condizionare l'individuazione di comportamenti descritti in enunciati legislativi... ma costituiscono la fonte esclusiva di tale individuazione. Siamo quindi di fronte... non a semplici differenze quantitative nell'ambito di una problematica di tipo sempre interpretativo".

sia in giurisprudenza, si sostiene che la determinazione del significato delle clausole generali comporta un'attività di concretizzazione o determinazione (per lo meno parziale, o almeno di quella parte di fattispecie che è una clausola generale) della fattispecie normativa da parte del giudice (67). Si aggiunge, inoltre, che l'integrazione valutativa non può avvenire se non rifacendosi a criteri esterni al diritto, di natura morale, sociale etc.; a tali criteri farebbe rinvio la stessa clausola generale e da ciò conseguirebbe l'impossibilità di strutturare sillogisticamente il ragionamento compiuto dal giudice (68).

Il potere di concretizzazione della fattispecie di cui sarebbe dotato il giudice, potere che si estrinseca nell'attività di integrazione valutativa, appare conseguenza diretta della particolare vaghezza o indeterminatezza delle clausole generali. Si parla di "integrazione" al fine di connotare l'attività giudiziale come invasiva di competenze altrui (69), vale a dire come un'attività non eguale a quella normalmente svolta nell'interpretare gli enunciati normativi e tipicamente appannaggio di chi le norme le produce. Si usa l'attributo "valutativa" per indicare che si tratta di un'attività che richiede valutazioni affatto peculiari. Non si asserisce, cioè, che in presenza di clausole generali il

(67) Nel corso del lavoro si sono usate indifferentemente le parole giudice e interprete. Con ciò non si intende, ovviamente, restringere la categoria degli interpreti ai soli giudici, si segue solo la tendenza in atto nella letteratura esaminata la quale concentra la sua attenzione esclusivamente sui giudici.

(68) Si osservi, incidentalmente, che chi compie la suddetta affermazione sembra riferirsi a una vera e propria impossibilità; ovvero non si dice che non è opportuno far ricorso al sillogismo, bensì che per determinare il significato delle clausole generali non si può far ricorso al sillogismo. Non si trova nemmeno espresso con chiarezza se ci si riferisca al ragionamento inteso come attività mentale compiuta dal giudice o al ragionamento inteso come insieme di argomenti addotti a sostegno di una certa scelta.

(69) Pur se volontariamente o involontariamente autorizzata dal legislatore. In presenza di clausole generali si parla, infatti, di supplenza dell'interprete rispetto al legislatore.

giudice compie valutazioni, mentre non le compie nel determinare il significato degli enunciati normativi che non contengono clausole generali; si individua però una valutazione diversa, connessa, appunto, ad una attività di integrazione e non di “mera interpretazione” (70). Per essere più chiari: anche accedendo all’idea che nella comune attività interpretativa il giudice operi con discrezionalità, ossia esercitando un potere di scelta tra più opzioni, il dato che ci consegnano dottrina e giurisprudenza con riguardo alle clausole generali è che per capire cosa esse significano il giudice mette in campo qualche cosa di diverso e di più intenso: l’integrazione valutativa.

L’altro profilo caratteristico è costituito, vale la pena ribadirlo, dall’indispensabile uso per il compimento dell’integra-

(70) Non è possibile e nemmeno utile in questa sede intrattenersi su questioni di teoria dell’interpretazione giuridica, questioni che saranno lasciate sullo sfondo e puntualizzate solo per lo stretto necessario. Ciò che il lettore ha trovato e continuerà a trovare, accennata o presupposta, è la preferenza di chi scrive per una teoria dell’interpretazione giuridica moderatamente scettica, ovvero per la teoria secondo la quale l’interprete ha sempre la possibilità di scegliere tra più soluzioni giuridiche alternative, ma l’ambito delle soluzioni possibili è delimitato. Per una configurazione dei caratteri dello scetticismo moderato qui adottato e delle ragioni adducibili a suo sostegno v. il mio *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto, Criminalia* 2008. *Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, Ets, 2009, 493-507. Riguardo alle teorie dell’interpretazione giuridica e per gli opportuni rimandi di letteratura italiana e straniera v. almeno E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell’interpretazione della legge*, Torino, Giappichelli, 1999; D. CANALE, *Forme del limite nell’interpretazione giudiziale*, Padova, Cedam, 2003; R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004; ID., *Nuovi studi sull’interpretazione*, Roma, Aracne, 2009; V. VILLA, *Il positivismo giuridico. Teorie, metodi, giudizi di valore*, Torino, Giappichelli 2004, specie cap. VII; i saggi contenuti nella sezione *Diritto e interpretazione: prospettive, analisi e problemi* (a cura di A. SCHIAVELLO), *Etica & Politica*, vol. VII, No 1, 2006, (www.unit-s.it/etica/2006_1); P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007; senza dimenticare il ben noto H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), trad. it. Torino, Einaudi, 1965, cap. VII, le tesi *ivi* esposte, infatti, hanno costituito e continuano a costituire l’oggetto di un intenso dibattito, anche con riguardo al ruolo della vaghezza nell’interpretazione giuridica.

zione valutativa di dati esterni, estranei all'ordinamento giuridico, variamente declinati e individuabili (non si comprende bene se completamente o solo in parte) grazie alla stessa clausola generale (71).

Si noterà che il lessico impiegato in questo paragrafo, restando parassitario della sintesi effettuata degli usi dottrinari e giurisprudenziali, non è sufficientemente rigoroso. Tuttavia, da qui bisogna prendere le mosse e procedere senza dubbio verso un tentativo di chiarimento. Tale tentativo passa, in ragione di quanto si è detto sin qui, ancora dall'esame del tratto semantico specifico delle clausole generali. L'integrazione valutativa è possibile, infatti, in virtù di questo profilo semantico, del quale si è acquisito un attributo molto significativo: esso ha a che vedere con una particolare forma di valutatività.

Orbene, sin qui è risultato che *le clausole generali sono termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi e caratterizzati da peculiare vaghezza o da indeterminatezza che comporta un'attività di integrazione valutativa peculiare da parte del giudice.*

8. Note sul prosieguo della ricerca.

Quanto si è scritto nei paragrafi precedenti è frutto dell'analisi della dottrina e della giurisprudenza e di alcune prime considerazioni e puntualizzazioni su di esse. Nel prosieguo, ossia nel secondo capitolo, si procederà alla realizzazione dell'opera ridefinitoria muovendo proprio dalla definizione lessicale costruita in questo capitolo. Si rende necessario, quindi, esaminare a fondo una serie di aspetti riguardanti le clausole generali

(71) Indicazioni interessanti e in parte contrarie alla prevalente dottrina provengono dalla giurisprudenza, la quale sembra non limitare il rinvio operato dalle clausole generali ai soli criteri esterni o extragiuridici (per quanto le stesse nozioni di "esterno" ed "extragiuridico" debbano essere chiarite).

tra loro strettamente intrecciati. È bene elencarli, impostando una sorta di canovaccio per il capitolo successivo.

Per prima cosa si deve considerare la relazione che intercorre tra termini o sintagmi e la peculiare vaghezza e/o indeterminatezza che li caratterizza. Ossia, si tratta di comprendere se le clausole generali siano tali in quanto termini o sintagmi valutativi e se il loro tratto semantico peculiare dipenda proprio da questo (72).

L'esame di tale aspetto e la sua soluzione in una direzione o nell'altra si rivela essenziale per la chiarificazione di tutte le questioni assai controverse messe in campo dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

A parere di chi scrive, infatti, stabilire le caratteristiche semantiche proprie delle clausole generali permette di mettere in luce: *a*) il rapporto tra clausola generale, standard valutativo e integrazione valutativa; ovvero tra termine o sintagma, criterio/i utile/i a determinarne il significato e *natura* dell'attività realizzata dall'interprete (73); *b*) se i criteri utilizzabili siano sempre e necessariamente esterni al diritto e che cosa significhi *criteri esterni*. Ciò consente pure di rendere meno oscura l'affermazione, ricorrente in taluni scritti, che una clausola generale può anche perdere tale qualità. La via per comprendere il senso di tale affermazione è quello di distinguere due piani di indagine delle clausole generali; sincronico e diacronico; *c*) come possa plausibilmente intendersi la cosiddetta elasticità delle clausole generali; *d*) il rapporto tra clausole generali e principi del di-

(72) Sui caratteri propri dei termini valutativi bastino, per ora, le parole di U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, Comunità, 1962, 41 "...nei termini di valore c'è qualcosa di diverso o di più dei riferimenti a caratteri empirici delle cose, c'è l'espressione di un apprezzamento, di una scelta, di una presa di posizione", cui si aggiunga G. CARCATERA, *Dal giurista al filosofo. Livelli e modi della giustificazione*, Torino, Giappichelli, 2007, 3.

(73) Questioni che conducono sul terreno dei criteri utilizzabili.

ritto; e) se sia davvero corretto e in qual senso eventualmente lo sia sottrarre le clausole generali a qualsiasi relazione col sillogismo (74).

Queste sono le questioni discusse e da discutere, lo si è visto nel corso del presente capitolo, e quella che si è appena proposta appare una scansione appropriata del percorso per affrontarle, per arricchire e modificare la definizione lessicale costruita (75).

(74) Riprendendo anche la considerazione, a tutta prima superflua, che le clausole generali sono termini o sintagmi.

(75) L'operazione che si intende compiere è la medesima realizzata da Giorgio Pino per l'abuso del diritto, v. G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di) *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 2006, 115-175, specie 126: "...prendendo come punto di riferimento i discorsi dei giuristi positivi... l'indagine procede ad una ricostruzione concettuale che li renda quanto più possibile precisi e teoricamente fecondi, esplicitando i presupposti teorici che condizionano, spesso in modo alquanto confuso, le varie opzioni dogmatiche, proponendo ri-definizioni dei concetti impiegati sia dalla giurisprudenza dogmatica che dalla giurisprudenza giudiziaria, e sgombrando il discorso dei giuristi positivi da eventuali oscurità, contraddizioni, intuizioni vaghe".

CAPITOLO II

SEMANTICA DELLE CLAUSOLE GENERALI

1. La vaghezza socialmente tipica: pregi e difetti della nozione. — 2. L'indeterminatezza delle clausole generali. — 3. L'integrazione valutativa. — 4. Clausole generali e principi del diritto. — 5. Clausole generali e sillogismo giudiziale. — 6. Interpretazione, applicazione delle clausole generali e politica del diritto.

1. *La vaghezza socialmente tipica: pregi e difetti della nozione.*

Alla luce di quanto si è scritto nel primo capitolo risulta piuttosto chiaro che per affrontare la questione della semantica delle clausole generali bisogna occuparsi della loro peculiare vaghezza o indeterminatezza, in particolare del rapporto tra quest'ultima e i termini valutativi. In tale direzione si muove la definizione delle clausole generali come termini e sintagmi caratterizzati da vaghezza socialmente tipica (1). È opportuno esaminare la definizione più perspicua e completa di questa nozione fornita sino ad ora al fine di valutarne i pregi e i difetti, ovvero l'utilità per il discorso che si va compiendo. Questa analisi consentirà, inoltre, di porre in rilievo caratteristiche negative e positive di altre tesi con essa concorrenti. Detto altrimenti: attra-

(1) Si rammenti la definizione lessicale costruita a conclusione del primo capitolo: "le clausole generali sono termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi e caratterizzati da peculiare vaghezza o da indeterminatezza che comporta un'attività di integrazione valutativa da parte del giudice".

verso l'esame della nozione di vaghezza socialmente tipica, della sua applicazione alle clausole generali, emergeranno in parallelo pure i pregi e i difetti di altre tesi a essa alternative e ciò che resisterà alla critica costituirà la base sulla quale innestare le considerazioni successive, ossia la parte propositiva di questo saggio.

Ecco la definizione: “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. Si ha invece *vaghezza comune* nei casi ordinari, quando il richiamo alle regole e ai valori etico-sociali (o extragiuridici) non è necessario per l'applicabilità di un concetto all'esperienza” (2). I tratti salienti della definizione sono, dunque, i seguenti: *a*) la vaghezza socialmente tipica riguarda concetti (e quindi termini) valutativi; *b*) i criteri di applicazione del concetto sono (e quindi la determinazione del significato del termine dipende da) variabili parametri di giudizio etico-sociali (o extragiuridici); *c*) ciò rende tale indeterminatezza una forma di vaghezza, ma diversa dalla vaghezza comune.

Il primo aspetto saliente della definizione è, nelle intenzioni di chi ha proposto la definizione stessa, un presupposto dei due punti successivi, ovvero la vaghezza socialmente tipica è indicata come una caratteristica propria dei termini valutativi. Si è visto, in effetti, che i giuristi e i giudici legano, seppur con le ombre segnalate e le precisazioni fornite nel primo capitolo, la nozione di clausola generale e le conseguenze riguardanti la loro interpretazione e applicazione alla presenza di termini valutativi. Anzi, per dirla con maggior puntualità, sostengono che è tale

(2) C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 302-303.

carattere e non qualche altro a rendere sensata la discussione intorno alle clausole generali, alla loro struttura semantica, alla funzione da esse assolta, al ruolo del sillogismo giudiziale nella loro applicazione etc. Com'è sì è visto, infatti, dottrina e giurisprudenza italiane che si sono occupate dell'argomento oggetto del presente studio hanno adottato, a mo' di assunto, la tesi che le clausole generali siano una peculiare tecnica normativa, prendendo spunto dalla definizione di Engisch, ma sovente emancipandosene per taluni aspetti (3). Orbene, la peculiarità della tecnica normativa adottata dal legislatore risiederebbe, però, proprio nel conferire il potere di concretizzazione della fattispecie al giudice e tale potere (l'ormai più volte menzionata "integrazione valutativa") sarebbe conseguenza diretta del "tipo" di termine impiegato nella fattispecie (4). L'indagine compiuta nel primo capitolo ha messo in luce, ad onta della mutevole terminologia impiegata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che il "tipo" di termine al quale si ricollega una peculiare indeterminatezza è rappresentato dai termini valutativi.

Si è appena scritto che questa è una maniera sensata di impostare la discussione riguardante la semantica delle clausole generali; è bene precisare meglio le ragioni di questa affermazione, proprio per ciò che concerne le tesi denominate della vaghezza socialmente tipica e della tecnica normativa (5).

(3) K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 170 ss.

(4) Si usa la parola "tipo" nella accezione di classe: per approfondimenti L. PASSERINI GLAZEL, *La forza normativa del tipo. Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*, Macerata, Quodlibet, 2005, *passim*, ove ampi riferimenti al ruolo del tipo in semantica ed alla pertinente letteratura; K.H. STRACHE, *Pensare per standards. Contributo alla tipologia* (1968), trad. it. Napoli, Esi, 1995; su Strache e per interessanti osservazioni sulla nozione di tipo v. A. ROSSETTI, *Standard e tipo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1997, 653-658.

(5) Per un primo e alquanto stringato approccio critico, ampliato e modificato in questo saggio, v. il mio *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, cit., 11-12.

Per prima cosa è indispensabile sgomberare il campo da un modo davvero poco plausibile di proporre quest'ultima tesi. La sua caratteristica principale consiste nell'indicare nelle clausole generali lo strumento per formulare la fattispecie in termini "sintetici" o "riassuntivi" e non "casistici". Innanzi tutto si può rilevare la vaghezza e l'ambiguità delle nozioni di fattispecie sintetica, riassuntiva e casistica. Tuttavia, sorvolando su tale aspetto e prendendo sul serio le nozioni in questione, si possono compiere le seguenti considerazioni. Taluni si riferiscono a esse con riguardo alle clausole generali indicando nella fattispecie casistica una formulazione normativa espressa per elencazioni o esemplificazioni e ritenendo, invece, che sia sintetica o riassuntiva qualsiasi fattispecie configurata in assenza di elencazioni o esemplificazioni (6). In sintesi: nel costruire fattispecie sintetiche il legislatore sarebbe poco prolisso, mentre si comporterebbe all'opposto nel caso della costruzione delle fattispecie casistiche.

Tuttavia, così ragionando non si pongono in rilievo e non si affrontano i principali problemi legati alle clausole generali. È davvero rilevante che il legislatore si sia o non si sia dilungato? La discrezionalità dell'interprete muta in quantità e qualità per questa ragione? È questo dato che ci consente di dire che ci troviamo o che non ci troviamo d'innanzi a una clausola generale? Così posta la questione delle clausole generali sarebbe di scarso spessore teorico e non avrebbe di certo attratto e impegnato noti e appassionati giuristi in un dibattito il cui interesse non è in discussione.

(6) L'esempio è l'operazione che enuncia, della classe x , un singolo elemento o una sottoclasse; l'elenco è l'operazione che, in riferimento al proprio oggetto consistente in una classe x , ne enuncia i singoli elementi. Queste definizioni sono state riprese da L. LANTELLA, E. STOLFI, M. DEGANELLO, *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, Torino, Giappichelli, 2004, 94 e 110.

La discrezionalità dell'interprete, infatti, non è legata in maniera direttamente proporzionale alla quantità di termini impiegati dal legislatore nella formulazione normativa (7). È vero che nel costruire un enunciato normativo si possono usare poche parole dotate di un elevato grado di vaghezza comune, o vaghe in senso combinatorio, oppure indeterminate (nel senso proposto nel primo capitolo) consegnando nelle mani dell'interprete una formulazione "sintetica" ma capace di esaltare la sua discrezionalità. Tuttavia, è altrettanto vero che ci si può dilungare per mezzo di elencazioni ed esemplificazioni e se nel farlo si usano termini vaghi, ambigui o di natura valutativa, la discrezionalità dell'interprete non ne uscirà di certo ridimensionata, ma al contrario sarà ampliata. La tesi della tecnica normativa così formulata appare un po' ingenua e soprattutto non del tutto chiara: essa non aiuta a comprendere per quale ragione la tecnica di costruzione degli enunciati normativi per mezzo di clausole generali produca, o possa generare, peculiari questioni di indeterminatezza, l'integrazione valutativa e altro ancora.

Ma queste ultime considerazioni possono essere attenuate, pur se non del tutto superate, ove si guardi all'ultima tesi riportata da un'altra prospettiva. Si è già avuto modo di notare che la distinzione proposta da Engisch tra concetti indeterminati, normativi, di discrezionalità e clausole generali ha esercitato grande influenza sulla letteratura posteriore ed è stata in vari modi intesa, nonché da più parti elogiata o criticata. Escludendo i concetti di discrezionalità, irrilevanti ai fini del discorso

(7) È chiaro che la complessità della struttura sintattica degli enunciati normativi può accrescere il numero delle soluzioni interpretative o alimentare la formazione di antinomie o ridondanze, ma è altrettanto vero che si tratta di possibilità e non v'è un nesso di interdipendenza tra i due profili, ossia non v'è automatismo tra la formulazione non casistica di un enunciato normativo e la quantità e qualità della discrezionalità interpretativa, il tutto dipende, invece, dalla natura dei termini impiegati, dal rigore lessicale e dalla razionalità linguistica del legislatore.

che qui si conduce, vale la pena rammentare che per il giurista tedesco i concetti indeterminati sono quelli che hanno contenuto e ambito molto incerti, e a questa categoria appartengono i concetti normativi in senso stretto, vale a dire concetti rappresentabili e comprensibili solo in connessione con il mondo delle norme, mentre le clausole generali sono date da un certo modo di configurare la fattispecie delle norme, ossia si tratta di fattispecie che descrivono un ambito di casi con grande, elevata generalità. In tal senso le clausole generali si contrappongono alle fattispecie costruite descrivendo l'ambito di casi in maniera specifica. Se la distinzione tra una fattispecie che contiene clausole generali e una che non le contiene è data dalla contrapposizione tra generalità e specificità il quadro di riferimento può assumere contenuti meno ingenui e più interessanti, poiché sembra che non si tratti più, per così dire, solo della quantità delle parole spese dal legislatore (8).

Però, ciò che non soddisfa in questa impostazione è proprio l'uso delle nozioni di generalità e di specificità. Per essere più chiari. Si è visto nel capitolo precedente che la terminologia riguardante le clausole generali invalsa tra i giuristi è variegata, un po' oscura e che, comunque, v'è un aspetto condiviso dalle molte impostazioni: in presenza di clausole generali si ha a che fare con parole, sintagmi che possiedono una peculiare vaghezza o indeterminatezza; da questo aspetto derivano conseguenze ascrivibili alle sole norme che contengono clausole generali, la cosiddetta integrazione valutativa su tutte. La definizione di clausola generale proposta da Engisch si rivela, quindi, una pura stipulazione, ma non proprio perspicua. Essa, infatti, mal si inserisce nella discussione riguardante il carattere peculiare delle clausole generali così come tracciato di consueto, ne accre-

(8) K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., specie 192 ss. per la nozione di clausola generale.

sce la confusione e non consente neppure di spiegare adeguatamente la relazione tra la presenza in un enunciato normativo di una clausola generale e le conseguenze che ne deriverebbero. Non è dal descrivere un ambito di casi in termini più o meno generali, sempre che si comprenda sino in fondo cosa ciò significhi, che possono trarsi, a mo' di corollario, la necessità della integrazione valutativa e altro ancora per la determinazione del significato delle clausole generali. Nei termini così delineati le clausole generali sono una tecnica di costruzione della fattispecie il cui interesse si esaurisce nell'individuazione del grado di generalità impiegato dal legislatore, senza che da ciò se ne possa far dipendere alcunché in termini di diversificazione qualitativa della discrezionalità accordata all'interprete. Può darsi che nell'interpretazione di norme generali vi siano più spazi operativi per la discrezionalità del giudice di quanto non accada a fronte di formulazioni specifiche, ma se pur così fosse, non lo sarebbe in ragione di una particolare indeterminatezza, dell'integrazione valutativa che da essa scaturisce etc. Ne consegue che la definizione di clausola generale proposta da Engisch non è fruttuosa ai nostri fini.

Se l'impianto che si è gettato nel primo capitolo è da considerarsi solido, in ragione di esso si mostra opportuno esaminare in dettaglio ogni elemento costitutivo della definizione lessicale di clausola generale costruita al fine di proporne una ridefinizione chiarificatrice, ed è utile, allora, cercare riguardo alla proposta di Engisch, sempre che ciò si riveli possibile, nozioni alternative a quella di clausola generale da lui indicata e funzionali allo scopo.

Una candidatura autorevole in tal senso è quella di "concetto bisognoso di integrazione valutativa" (9). Scrive in propo-

(9) Lo rileva, correttamente, anche G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, cit., 439 (v. *retro* capitolo I nota 35) per il quale la clausola generale "...è dunque — secondo una felice formula 'un concetto *bisognoso di*

sito l'autorevole giurista tedesco: "Fa differenza se «normatività» significhi soltanto che il concetto in questione presuppone intrinsecamente delle norme ovvero significhi «bisognoso di integrazione valutativa». È nella seconda ipotesi... che entra in gioco l'elemento propriamente nuovo: la valutazione da parte di chi applica il diritto". Orbene, si è visto che con riguardo alla nozione di clausola generale un elemento ricorrente nella riflessione dei giuristi e nelle motivazioni della giurisprudenza è proprio la cosiddetta integrazione valutativa, per cui lo studio dei concetti bisognosi di integrazione valutativa può essere posto in connessione con la definizione lessicale formulata a conclusione del primo capitolo. Engisch sottolinea due aspetti dei concetti di cui si sta discorrendo, anch'essi ben presenti nella letteratura sulle clausole generali esaminata in precedenza: *a*) i "concetti bisognosi di integrazione valutativa" non si applicano sillogisticamente; *b*) la valutazione compiuta per poter interpretare e applicare questi concetti non ha necessariamente natura "strettamente personale" (10). Si tratta proprio di due aspetti ricorrenti nel dibattito intorno alle clausole generali e ciò conferma che è sulla questione dell'integrazione valutativa e dei caratteri della sua fonte che vale la pena insistere.

Ecco, dunque, che la questione delle clausole generali come tecnica normativa può essere adeguatamente formulata in questi termini: le clausole generali sono enunciati normativi (riassuntivi

integrazione valutativa'. Le 'clausole generali' comportano la necessità che l'interprete ponga in essere dei *giudizi di valore*"; da ultimo e correttamente A. OLIVARI, *Termini axiologici in Karl Engisch, Uberto Scarpelli e Georg Henrik von Wright*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2008, 97-111, specie 101-102. Che cosa siano l'integrazione valutativa ed i giudizi di valore ad essa legati è da stabilirsi e dipende, lo si ripete ancora, dal modo in cui si configura il tratto semantico delle clausole generali. Sono significative e sempre utili le pagine di K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1966) trad. cast. *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, 451 ss.

(10) K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 199-200.

o meno) nei quali vengono usati termini valutativi, in modo tale che per determinare il loro significato si rende necessaria una integrazione da parte dell'interprete (11).

Affermare che le clausole generali consistono in una particolare tecnica normativa, ossia nell'uso di termini valutativi l'impiego dei quali comporta alcune conseguenze specifiche sul piano della loro interpretazione e applicazione, riconduce il discorso esattamente ai punti cruciali sin qui posti in rilievo in questo saggio, punti che debbono ora essere affrontati e riguardo ai quali è necessario proporre una soluzione. Il punto di snodo resta sempre il medesimo: in che cosa consiste l'indeterminatezza delle clausole generali? È corretto far conseguire dall'indeterminatezza l'integrazione valutativa e altro?

Gli interrogativi sono i medesimi pur se si considera la tesi delle clausole generali in termini di enunciati normativi intenzionalmente indeterminati. Per comprendere il ruolo assolto dall'intenzionalità dell'indeterminatezza è indispensabile prima aver chiarito in cosa consiste l'indeterminatezza, soltanto successivamente è possibile soffermarsi sulle relazioni tra indeterminazione e intenzionalità, nonché sull'incidenza del profilo dell'intenzionalità sull'indeterminatezza medesima e sui suoi esiti con riguardo all'interpretazione e all'applicazione delle clausole generali (12).

(11) *Contra* C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, cit., 102: "Si potrebbe pensare ad una clausola generale definita come clausola generale riassuntiva che possieda contemporaneamente un elemento elastico bisognoso di integrazione valutativa... ma la conciliazione pare senza speranza" (già citato *retro* capitolo I, nota 25). Per il vero, in virtù di quanto si è detto nel testo, non pare così evidente per quale ragione la conciliazione evocata non sia possibile, semmai è la sua esclusione ad apparire frutto di una risoluta opzione valutativa e non di una palmare incompatibilità: dall'opacità del pensiero di Engisch non deriva, a mo' di implicazione, quanto sostenuto da Castronovo.

(12) Il riferimento è alla tesi di S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., *passim*.

Quanto si è detto sin qui conferma, quindi, che sia intendere le clausole generali come una tecnica normativa, sia indicare nelle clausole generali termini e/o enunciati affetti da vaghezza socialmente tipica, determina che il primo, prioritario e fondamentale nodo da sciogliere è pur sempre quello dell'individuazione del tratto semantico delle clausole generali: tutte le altre considerazioni e conseguenze discendono da questo aspetto.

Si può tornare, dunque, a considerare la vaghezza socialmente tipica, poiché anche questa nozione è problematica. Secondo la definizione riportata all'inizio di questo paragrafo si ha vaghezza socialmente tipica 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 ai mutevoli contenuti della morale sociale e del costume. Si è visto che da questa definizione discendono tre corollari, ossia: *a*) la vaghezza socialmente tipica riguarda termini e concetti valutativi; *b*) i criteri di applicazione del concetto espresso dal termine sono variabili parametri di giudizio extragiuridici; *c*) ciò rende tale indeterminatezza una forma di vaghezza, ma diversa dalla vaghezza comune. Si è avuto modo pure di sostenere, sulla scorta dell'analisi compiuta nel primo capitolo, che il punto *a*) è corretto nella misura in cui pone al centro dell'analisi i termini valutativi (ma per il resto va puntualizzato) mentre ciò che non convince *in toto* della definizione proposta sono i punti *b*) e *c*). Meglio iniziare da questi.

A parere di chi scrive dall'affermazione che si ha a che fare con termini valutativi non discende *ipso facto* che i criteri di applicazione evocati siano, ovvero non possano che essere extragiuridici (13). Asserire che i criteri in questione sono necessaria-

(13) La tesi che il rinvio operato dalle clausole generali sia soltanto a

mente “non giuridici” appare una prescrizione a favore di tali criteri rispetto ad altri loro possibili concorrenti, piuttosto che l’inevitabile conseguenza della presenza di termini valutativi. Detto altrimenti: la mera affermazione che si ha a che fare con termini valutativi non comporta di per sé il rinvio a criteri di applicazione extragiuridici. Un conto è asserire che in presenza di clausole generali v’è sempre, ineluttabilmente e per definizione, un rinvio a criteri extragiuridici, altro è affermare che il rinvio, pur potendo essere anche ad altri criteri di natura giuridica, deve essere a criteri extragiuridici.

Il punto *c)* è invece meno critico, ma si rende pur sempre opportuno emendarlo, specie in ragione della perplessità già espressa con riguardo al punto *b)*. Non convince del tutto, infatti, l’insistenza sull’uso della parola vaghezza per designare la proprietà semantica dei termini valutativi. Per essere più chiari: se si revoca in dubbio che il tratto specifico dell’applicazione dei termini in questione sia il necessario rinvio a criteri extragiuridici, allora ricorrere alla categoria della vaghezza può essere foriero di confusione piuttosto che di delucidazione. Per un verso la vaghezza socialmente tipica sarebbe diversa dalla vaghezza comune, ma se il profilo del rinvio a criteri socialmente tipici non fosse in grado di costituire il cardine della nozione, allora la nozione stessa finirebbe col perdere il tratto differenziale dalla vaghezza comune, e della vaghezza socialmente tipica resterebbe solo la vaghezza col rischio di mescolare i fenomeni in un calderone indistinto. Insomma se il coinvolgimento di ter-

criteri esterni al diritto è ampiamente diffusa. Uno studioso autorevole, ad esempio, dopo aver distinto tra indeterminatezza propria delle norme e indeterminatezza degli “standards giuridici”, asserisce che quest’ultima “...dipende dal ricorso che la norma fa a modelli appartenenti a sistemi culturali diversi da quello giuridico”, così A. FALZEA, *Appendice a Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, t. I, Milano, Giuffrè, 1999, 419.

mini valutativi comporta problemi di incertezza del significato diversi dalla vaghezza di grado (e combinatoria) è bene designarli, seppur in via stipulativa, con una parola o un lemma che non esalti la possibile parentela con la vaghezza di grado (e combinatoria), bensì valorizzi la direzione del profilo distintivo con questa; è importante, cioè, che si riveli in grado di indicare la differenza in maniera efficace.

In tal senso è preferibile usare la categoria dell'indeterminatezza del significato, così come è stata configurata in precedenza, nel primo capitolo: si ha indeterminatezza quando ricorre un termine o sintagma valutativo il/i cui criterio/i di applicazione non è/sono determinabile/i se non attraverso il ricorso a parametri di giudizio tra loro potenzialmente concorrenti. L'indeterminatezza attiene ai termini valutativi, le clausole generali sono termini o sintagmi valutativi, le clausole generali sono, dunque, indeterminate. Il vantaggio di usare al posto della vaghezza socialmente tipica l'indeterminatezza è duplice: *a*) l'indeterminatezza non esclude in partenza che il rinvio possa essere anche a criteri interni al diritto (non impone, cioè, che il rinvio sia solo a criteri extragiuridici); *b*) mette in luce con maggior nitore le differenze con le altre specie di incertezza del significato, senza evocare sovrapposizioni concettuali (14).

Ciò detto bisogna inoltrarsi nel cuore del problema, esaminare la nozione di indeterminatezza, se, e in quale guisa essa, in quanto caratteristica propria delle clausole generali, conduca a differenziare sotto vari aspetti gli enunciati normativi che con-

(14) Va in questa direzione la distinzione tra indeterminatezza meramente linguistica e indeterminatezza valutativa proposta da G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, cit., 441, nota 27, per quanto l'indeterminatezza valutativa, quale carattere proprio e differenziale delle clausole generali, venga tratteggiata nei termini (non appaganti, come si è tentato di dimostrare) del rinvio necessario a criteri extragiuridici.

tengono clausole generali dagli enunciati normativi che ne sono privi (15).

Per raggiungere lo scopo e alla luce delle acquisizioni di questo paragrafo è possibile compiere un passo verso la ridefinizione delle clausole generali, ponendo un primo tassello: *le clausole generali sono termini o sintagmi valutativi contenuti in enunciati normativi e caratterizzati da indeterminatezza*.

2. *L'indeterminatezza delle clausole generali.*

L'indeterminatezza è una proprietà dei termini valutativi, quindi per comprenderla a fondo è opportuno intrattenersi, seppur per lo stretto indispensabile, su di essi. È bene trattarne solo per lo stretto indispensabile visto che il tema è tra i più complessi e dibattuti della teoria etica contemporanea. In questo lavoro non si intende dirimere a tutto tondo la questione della natura dei termini valutativi (quali per esempio: buono, giusto, ingiusto, corretto, scorretto, abusivo) e del loro significato, nonché del ruolo da essi assolto nel discorso morale. Un tale obiettivo, oltre che essere al di sopra delle possibilità di chi scrive, sarebbe anche poco congruente con le finalità del saggio. Ciò che si intende fare è, infatti, utilizzare talune consolidate ricerche sui termini valutativi e sui problemi legati alla determinazione del loro significato per metterne in luce, con gli opportuni adattamenti e le dovute cautele, la proficuità con riguardo alle clausole generali. L'importanza di prendere in considerazione alcune riflessioni sui termini valutativi compiute nella teoria morale, specie quelle di R. M. Hare, dipende pure dal fatto

(15) Ha correttamente osservato A. BELVEDERE *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., 632: "...la nozione di clausola generale è stata sempre considerata individuabile mediante i due parametri della indeterminatezza e della valutatività".

che esse sono state sovente richiamate dai teorici del diritto in svariati contesti tematici, alcuni prossimi alle clausole generali (16).

Procediamo con ordine, prendendo le mosse proprio dal modo in cui in certi lavori di teoria del diritto si è fatto uso di talune riflessioni sui termini valutativi.

In un recente libro due filosofi del diritto spagnoli occupandosi dell'abuso del diritto scrivono: "...dire che qualificare abusiva un'azione di esercizio del diritto soggettivo *significa* che con detta azione 'sono stati superati manifestamente i limiti normali di esercizio di un diritto' è corretto ma poco utile. Questo perché la domanda interessante non è quella relativa al *significato* di termini come 'abuso' o 'abusivo', ma ai loro *criteri di applicazione*. Però questa distinzione tra *significato* e *criteri di applicazione* richiede, a sua volta, di essere spiegata. In un'opera di importanza capitale della filosofia morale... R.M. Hare... afferma che, per intendere la logica delle parole che designano proprietà valutative — come per esempio 'buono' — è fondamentale rendersi conto che tali proprietà derivano, o risultano, da altre proprietà. Specificare quali sono... significa specificare quali sono... i *criteri di applicazione* del termine che designa la proprietà valutativa... Proiettiamo queste considerazioni sulle azioni abusive... qui il legislatore si limita a proibire le azioni che meritano di essere qualificate valutativamente come 'abusive'... senza specificare, in termini di proprietà descrittive, sotto quali condizioni una certa azione merita tale qualificazione valutativa. Determinare queste condizioni di applicazione è, quindi,

(16) Si rammenti sin d'ora quanto scritto in proposito da U. SCARPELLI, *Semantica, morale, diritto*, Torino, Giappichelli, 1969, 120-121: "L'applicazione prescrittivistica dei termini e degli enunciati valutativi può magari dar luogo a qualche perplessità nella sua portata generale, ma quanto ai termini e agli enunciati valutativi che si formano negli universi di discorso giuridici è perfettamente calzante, al punto da sembrare tagliata su misura sopra di essi".

una questione che il legislatore riserva agli applicatori del diritto” (17). E ancora: “Quanto detto precedentemente può gettare un po’ di luce sull’oscuro significato del ‘concetto giuridico indeterminato’. Potrebbe dirsi che quando il legislatore guida la condotta per mezzo di un ‘concetto giuridico indeterminato’, ciò che fa è ordinare o proibire azioni che meritano una certa qualificazione valutativa senza determinare, in termini di proprietà descrittive, quali sono le condizioni di applicazione della qualificazione valutativa in questione” (18).

Un altro esempio. In un libro che si è già avuto modo di menzionare si legge: “Si può affermare che il significato dei termini valutativi è indeterminato, poiché non è del tutto chiaro quali casi cadano nel campo di applicazione di questi termini. Si tratta però di un tipo di indeterminatezza che può essere tenuta distinta dalla vaghezza. Infatti 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” (19).

(17) M. ATIENZA e J.R. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L’abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere* (2000), trad. it. Bologna, Il Mulino, 2004, 40-42.

(18) *Ibidem*, nota 5 ove i due autori sostengono che in questo caso si ha “vaghezza radicale”, ossia “Potrebbe dirsi che quando il legislatore guida la condotta per mezzo di un concetto giuridico indeterminato, ciò che fa è ordinare o proibire azioni che meritano una certa qualificazione valutativa senza determinare, in termini di proprietà descrittive, quali sono le condizioni di applicazione della qualificazione valutativa in questione. Questo comporta ciò che prima abbiamo chiamato vaghezza radicale, poiché ovviamente la maggior parte dei casi di applicazione risulterà controvertibile”. Mi pare che gli autori abbiano colto nel segno, per quanto sarebbe preferibile non descrivere la questione in termini di vaghezza, bensì precisare che i termini valutativi sono indeterminati e che i criteri cui rinviano sono di regola vaghi (oltre che diversi e controversi).

(19) E. DICCIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., 377.

Sul tema sono davvero illuminanti, nonché relevantissime per le tesi che si sosterranno nelle prossime pagine, le parole di Uberto Scarpelli: “Portano i termini di valore nel loro significato un *quid proprium* non riducibili a semplici riferimenti a fatti, né al significato emotivo, ma portano anche riferimenti a fatti e significati emotivi e le tre cose formano sovente un garbuglio in cui non è facile destreggiarsi. Il passo più importante per cogliere il *quid proprium* del significato dei termini di valore e per orientarsi nelle complesse questioni sintattiche, semantiche e pragmatiche ad essi relative, rimanendo nell’orizzonte del principio di significanza e non ricominciando a parlare delle cose di cui non è possibile parlare, è stato fatto quando, procedendo in una direzione indicata da Hume e da Smith, si è posto in chiaro che l’uso dei termini di valore involge riferimenti a norme. La parola «norma» va presa qui nel suo significato più ampio, come designante un qualsiasi tipo di criterio regolatore di un qualsiasi tipo di comportamento. Potrà trattarsi di norme dell’una o dell’altra specie che la teoria delle norme distingue... in questa direzione, il significato dei termini valore viene determinato in maniera tale da interpretare l’affermazione che qualcosa ha un certo valore come affermazione della conformità o non conformità di quella cosa a una norma o a norme, costituenti i criteri regolatori di un comportamento o di una classe di comportamenti di un soggetto o di una classe di soggetti... C’è una categoria di termini di valore, nei quali la struttura del significato ora indicata appare con la massima evidenza: i termini di valore del linguaggio giuridico, come è adoperato oggi nei paesi con un diritto, una giurisprudenza e una scienza del diritto di tipo europeo continentale, per esempio nel nostro paese. Quando un giurista, che faccia bene il suo mestiere, qualifica qualcosa come avente un certo valore, positivo o negativo, afferma e afferma soltanto che quella cosa sta in un certo rapporto di conformità o non conformità con una norma o con norme del diritto positivo, o con una norma o con norme cui il

diritto positivo rinvii. La cosa è abbastanza chiara anche quanto ai termini impiegati nelle valutazioni morali. Dire che un'azione è buona, in senso morale, è giusta, in senso morale, è prospettare una linea di condotta almeno per un individuo in un caso concreto, ma di regola equivale a dire che l'azione è conforme a una regola o a regole della condotta nel campo coperto dalla morale" (20).

Le lunghe citazioni riportate potrebbero essere agevolmente accresciute, e tutte mettono in luce, mutuando, ciascuno in misura differente, gli studi di R.M. Hare, che quando nel lessico delle formulazioni normative si ha a che fare con termini valutativi, la particolare indeterminatezza di questi ultimi comporta per il giudice un potere di scelta riguardo ai criteri applicazione del termine medesimo (21). Questo dato è perfettamente condivisibile, bisogna però svilupparne adeguatamente le conseguenze per la nozione di indeterminatezza che si è proposta, alle clausole generali ed al loro impiego negli enunciati normativi giuridici. Si può, in coerenza con le preferenze lessicali sin qui seguite nel corso del libro, sostenere che l'indeterminatezza dei termini valutativi comporta che per determinare il significato dei termini valutativi medesimi si debba far ricorso a criteri variabili e in competizione (a loro volta sovente vaghi in senso combinatorio o di grado) (22).

(20) U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, cit. 56-57.

(21) Sull'analisi dei termini valutativi compiuta da Hare v. R.M. HARE, *Il linguaggio della morale* (1952), trad. it. Roma, Ubaldini, 1968, 17 e *passim*; Id., *Libertà e ragione* (1963), trad. it. Milano, Il Saggiatore, 1990, 31-61, ove la distinzione tra termini valutativi primari (ad esempio: buono, giusto) e secondari (ad esempio: industrioso); Id., *Scegliere un'etica* (1997), trad. it. Bologna, Il Mulino, 2006, 80-95. Ma sul tema v. anche A. ROSS, *Directive e norme* (1968) trad. it. Milano, Comunità, 1978, 91. Sulla semantica di Hare v. il recente contributo di N. MUFFATO, *La semantica delle norme. Il neustico da Hare a Tarello*, Genova, Ecig, 2007, cap. II.

(22) L'ultima affermazione compiuta può richiamare alla mente la nozione di concetto essenzialmente contestato e interferire con essa. Infatti i

A questo punto può risultare più agevole comprendere la definizione di indeterminatezza già esposta, ossia: si ha indeterminatezza quando ricorre un termine o sintagma valutativo il/i cui criterio/i di applicazione non è/sono determinabile/i se non attraverso il ricorso a parametri di giudizio tra loro potenzialmente concorrenti. Infatti, se si concorda sull'indeterminatezza come caratteristica propria dei termini e dei sintagmi valutativi e se la questione rilevante per il tema che ci occupa consiste nell'essere la clausola generale stessa un termine o sintagma valutativo, allora l'indeterminatezza può costituire la chiave di volta per costruire una perspicua ridefinizione della nozione di clausola generale.

Ecco, dunque, la ridefinizione (provvisoria) di clausola generale: *la clausola generale è un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di*

concetti essenzialmente contestati “...non sarebbero semplicemente concetti confusi, ambigui o dotati di struttura aperta. Parrebbe che le loro caratteristiche principali fossero di mancare di condizioni necessarie e sufficienti di applicazione...” così A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 4. Tuttavia, l'introduzione e l'esame di questa categoria, a sua volta controversa e non cristallina, non sarebbe di ausilio all'azione di terapia linguistica che si sta compiendo, potrebbe risultare, al contrario, portatrice di confusione ulteriore, specie perché la stessa nozione di concetto essenzialmente contestato è a sua volta contestata e la sua utilità radicalmente discussa, v. ancora A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, cit., 5: “Dal canto mio... dubito che la nozione di concetto essenzialmente contestato, nonostante la sua fortuna, possa servire a identificare una categoria di concetti dotati di una qualche specificità semantica o pragmatica e sia di utilità analitica generale... Nel migliore dei casi la sua utilità è solo quella, banale, di ricordarci che su alcuni concetti filosoficamente cruciali... le dispute non finiscono mai”. Sui concetti essenzialmente contestati v. ovviamente W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, *Proceedings of Aristotelian Society*, n. 56, 1955-56, 167 ss.; su cui v. almeno J. WALDRON, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, *California Law Review*, vol. 82, 1994, 529-539; M. RICCIARDI, *Essential Contestability and the Claims of Analysis*, I. CARTER and M. RICCIARDI (eds.), *Freedom, Power and Political Morality*, London, Macmillan, 2001, 39-56.

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 tra loro potenzialmente concorrenti.

Muovendo da questa ridefinizione della base lessicale individuata in precedenza si è risolta una questione sul tappeto e controversa riguardo alle clausole generali: si è chiarito, infatti, qual è il tratto semantico caratteristico delle clausole generali. Sulla scorta di questa acquisizione è possibile ora affrontare le altre questioni ricorrenti, leggerle in linea di continuità con la ridefinizione appena fornita, valutarne i contenuti e la fondatezza.

Questo è ciò che si intende fare nei prossimi paragrafi, riprendendo e affrontando i seguenti temi: il rapporto tra clausola generale, integrazione valutativa e standard; di che tipo siano i criteri utilizzabili per determinare il significato delle clausole generali; in che senso sia plausibile asserire che le clausole generali sono elastiche; se vi sia e quale sia il rapporto tra clausole generali e principi del diritto; se vi sia e quale sia il rapporto tra clausole generali e sillogismo giudiziale.

Si concluderà affrontando la questione dell'interpretazione e dell'applicazione delle clausole generali sulla scorta del resto del lavoro.

3. *L'integrazione valutativa.*

L'integrazione valutativa è stata ripetutamente menzionata nel corso di questo saggio, soprattutto in ragione della centralità che questa nozione ha assunto nel discorso di giudici e giuristi riguardo alle clausole generali. Grazie alla ridefinizione di clausola generale sopra proposta si può ben delineare che cosa sia l'integrazione valutativa. L'indeterminatezza delle clausole generali, infatti, comporta che per stabilirne il significato si renda necessario scegliere tra parametri di giudizio concorrenti. Ne

consegue che l'integrazione valutativa consiste proprio nella scelta del parametro di giudizio. È probabile che la scelta operata da giuristi e giudici di usare il sintagma "integrazione valutativa" dipenda da due fattori: *a*) la presenza nelle clausole generali di una indeterminatezza in ragione della quale il significato della clausola generale stessa viene determinato in maniera differente e, in un qualche senso, più incisiva (non solo interpretativa, bensì integrativa) di quanto accade per gli altri termini presenti nei testi normativi; *b*) questa attività integrativa viene compiuta sulla base di valutazioni affatto peculiari (23).

Questi aspetti, come si è detto, possono essere, ora, opportunamente chiariti. La determinazione del significato delle clausole generali comporta la scelta tra criteri di giudizio concorrenti, e in ragione del criterio scelto diviene possibile specificare le condizioni di applicazione della clausola generale. L'integrazione valutativa è, quindi, la scelta del criterio utile alla determinazione del significato della clausola generale. Seguire questa linea permette pure di sciogliere l'equivoca parziale sinonimia presente nel lessico di giuristi e giudici tra clausola generale e standard. La clausola generale è, infatti, il termine o sintagma valutativo e perciò indeterminato; lo standard è il criterio di giudizio per mezzo del quale si determina il significato della clausola generale risolvendo l'indeterminatezza. L'integrazione valutativa è, dunque, la scelta dello standard operata dall'interprete tra criteri concorrenti.

Orbene, restano, a questo punto da affrontare due questioni importanti legate all'integrazione valutativa e al rapporto tra questa e il parametro di giudizio, ossia da cosa possa essere

(23) Scrive in proposito M. TARUFFO, *Prefazione*, cit., XX: "...ogni interpretazione di norme consiste anche nella individuazione di regole, *standards* o criteri mediante i quali si perviene alla riconduzione del fatto entro la norma; in talune ipotesi — come nel caso delle clausole generali — questa attività dell'interprete è più importante e più visibile che in altre".

costituito lo standard e se le proprietà dello standard rendano, in un qualche senso, elastico il significato delle clausole generali.

Riguardo alla prima questione si è visto che la dottrina civilistica è solita ritenere, con talune eccezioni, che i criteri di determinazione del significato delle clausole generali siano esterni, ossia che non possano essere costituiti da uno o più enunciati giuridici (e dai loro significati una volta interpretati) del medesimo sistema giuridico cui appartiene l'enunciato normativo che contiene la clausola generale. Tale soluzione è stata anche sposata da chi, sul versante della teoria del diritto, ha individuato nelle clausole generali termini o sintagmi a vaghezza socialmente tipica. Tuttavia, questa tesi non è del tutto convincente. I giuristi (e con loro parte della giurisprudenza) confondono sovente il piano descrittivo e quello prescrittivo, vale a dire che spesso non si comprende se il rinvio a criteri esterni sia una conseguenza necessaria della semantica delle clausole generali, oppure se tale rinvio non sia l'unica soluzione percorribile e tuttora preferibile in virtù di qualche ragione.

Per il vero, dalla formulazione delle clausole generali non è dato riscontrare sempre e necessariamente la natura esterna al diritto del criterio, dello standard. Stabilire se il parametro di giudizio debba essere interno o esterno attiene alla funzione che si attribuisce alla clausola generale e non dipende, non è un corollario, una conseguenza ineluttabile della sua struttura semantica. È sulla scorta di argomenti relativi al compito che le clausole generali, o la singola clausola generale considerata in una data circostanza, dovrebbero assolvere nel sistema giuridico che si sceglie lo standard, interno o esterno e all'interno del genere (interno o esterno appunto) quello ritenuto più appropriato.

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 ge-

nerale 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: qui la discrezionalità dell'interprete nella scelta del criterio è molto ampia (24). Un esempio, ricorrente in letteratura, di clausola generale della prima specie può essere rintracciato nella nozione di "atti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore" (art. 529 c.p.): mi pare si possa asserire con buona plausibilità che in questo caso l'interprete non possa far ricorso a criteri interni al diritto (più banalmente a norme del sistema giuridico). Lo stesso vale per i "motivi di particolare valore morale o sociale" di cui all'art. 62 c.p. Un esempio di clausola generale della seconda specie lo si può ritrovare nella nozione di "buona fede" (oggettiva) (25). Infatti, che un comportamento sia o meno contrario a buona fede può essere stabilito (in astratto) sia in base a criteri morali individuali, della morale so-

(24) In queste pagine e nel corso di tutto il libro si intende la discrezionalità dell'interprete come quel fenomeno che indica "...por un lado, la *libertad* que tiene un órgano jurídico en la toma de decisiones para elegir entre diferentes opciones; y, por otro lado, el que esa libertad no es absoluta...", così I. LIFANTE VIDAL, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, *Doxa*, 25, 2002, 413-439, la citazione è tratta da 414. In qual guisa non vi sia libertà assoluta nell'interpretazione delle clausole generali sarà chiarito *infra* nel § 6. Al rapporto tra clausole generali e discrezionalità giudiziale hanno dedicato un incontro di studio nel maggio del 2009 presso l'Università di Trento giuristi di varia estrazione (ma in prevalenza civilisti), le relazioni sono consultabili on line sul sito dell'ateneo trentino.

(25) Di cui agli artt. 1366 e 1375 del Codice civile. Per un interessante caso giurisprudenziale Cass. civ., sez. II, 4.3.2003, n. 3185, *Giur. it.*, I, 2003, 958-962 con nota di E. GARDA, ove sono reperibili i riferimenti bibliografici essenziali a fronte della sconfinata e incessante produzione sull'argomento. Un'importante riflessione storica e filosofica sul tema è quella di D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1970.

ziale, sia in base ad accertamenti tecnici o attraverso il riferimento ad altre norme del sistema giuridico (26).

Da tutto ciò conseguono vari corollari. Sovente l'uso di un criterio esterno al sistema giuridico non è implicato dalla semantica della clausola generale, o meglio non è l'unica via che si mostra all'interprete, ma è frutto di una specifica opzione valutativa riguardante la funzione che si attribuisce alla clausola generale, opzione valutativa da non giudicare in maniera necessariamente negativa purché si chiarisca che di questo si tratta. È l'interprete, infatti, che sceglie, a fronte delle concorrenti possi-

(26) Lo segnala in maniera brillante e cristallina con riguardo all'abuso del diritto G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, cit., 145 ss., specie 151: "In primo luogo, è questione affatto contingente se la formulazione del divieto di abuso del diritto implichi o meno un rinvio alle valutazioni diffuse nel corpo sociale: se guardiamo... al modo in cui sono di fatto formulate le clausole generali e gli standard valutativi nel linguaggio giuridico, ci accorgiamo che effettivamente *vi sono* dei casi in cui lo standard giuridico fa esplicito rinvio alle valutazioni correnti nella società, mentre altre sembrano demandare al giudice una valutazione o un accertamento di tipo diverso"; ID., *Il linguaggio dei diritti, Ragion pratica*, 31, 2008, 393-409, specie 404-405. Sin qui si è assunto che le clausole generali siano contenute in norme esplicite dell'ordinamento, ma le questioni a esse attinenti si presentano anche per le clausole generali contenute in norme inesprese (è il caso, per l'ordinamento italiano, proprio dell'abuso del diritto), anche se per queste il primo problema è se esse abbiano o meno cittadinanza nell'ordinamento (ma i giudici paiono non avere più dubbi, l'abuso del diritto, infatti, occupa stabilmente la giurisprudenza civile e tributaria cfr. Cass. civ. 18. 09. 2009, n. 20106, www.personaedanno.it con commento di M. CONZUTTI). Per la qualificazione del divieto di abuso del diritto in termini di principio generale (ma si badi bene, del solo ambito dei tributi) Cass., sez. un., 26. 06. 2009, n. 15029, www.altalex.com: "In materia tributaria il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio di imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici".

bilità che gli si mostrano, il criterio: interno o esterno, le norme giuridiche oppure le regole morali o del costume interessate. La misteriosa e da più parti temuta o auspicata integrazione valutativa che le clausole generali implicherebbero e la delega al giudice che esse opererebbero si sostanziano nella scelta del criterio (dello standard), scelta che quindi ha natura discrezionale, in ragione di quanto si è esposto sin qui.

Giunti a questo punto è importante compiere una precisazione. Si è detto che l'integrazione valutativa consiste nella scelta del criterio interno o esterno che sia. Tuttavia, il criterio oltre a essere scelto ha pure dei contenuti e si potrebbe sostenere che al variare dei contenuti possa variare anche la natura o il peso dell'intervento dell'interprete. Il discorso si orienta, dunque, verso l'esame degli strumenti dell'integrazione valutativa. Sono state individuate due specie di clausole generali a seconda che il termine valutativo indichi o non indichi il tipo di criterio utile alla determinazione del significato della clausola generale medesima. Per entrambi i casi si potrebbe sostenere che ove l'interprete faccia ricorso a criteri morali possa riferirsi alla morale sociale condivisa. In tal guisa vi sarebbe una applicazione neutrale dei concetti valutativi, poiché l'interprete si limiterebbe a rilevare quali sono i valori condivisi in una data comunità di riferimento (27). Ne seguirebbe, quindi, una forte limitazione dell'apporto dell'interprete nella determinazione del significato della clausola generale: egli, infatti, non sarebbe direttamente impegnato in valutazioni, ma registrerebbe valutazioni altrui.

(27) Con il sintagma "applicazione neutrale" si è volutamente usato il lessico di P.E. NAVARRO, *La aplicación neutral de conceptos valorativos, Análisis e diritto 2007*, a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, Torino, Giappichelli, 2008, 39-55, il quale riprende, con taluni aggiustamenti, l'autorevole opinione di C. ALCHOURRÓN e E. BULYGIN, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico* (1989), C. ALCHOURRÓN e E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 303-328.

Pur essendo possibile, è ben noto, un uso, per così dire, indiretto, dei termini valutativi, sono molteplici le perplessità suscitate da questa tesi (28).

Innanzitutto, nel caso delle clausole generali che in ragione della loro formulazione lasciano irrisolta la questione del criterio al quale rinviano, è l'interprete a scegliere il criterio al quale appellarsi (29). Nel caso in cui egli opti per criteri di natura morale o più genericamente sociali è rimessa sempre a lui la decisione se rifarsi a valutazione diffuse o seguire una via diversa. In questo caso, quindi, l'interprete decide sia riguardo al tipo di criterio, sia riguardo al come costruire il criterio all'interno del tipo selezionato.

Problemi di rilievo si pongono pure per le clausole generali che rinviano a criteri morali, di natura sociale. Ove vi sia il rinvio a criteri morali può suonare ovvio "...che le valutazioni morali dipendono dalla società di riferimento... tuttavia una cosa è impegnarsi in un'argomentazione morale... per ricostruire il significato di un termine valutativo, e altra cosa è ricostruire tale significato sulla base di una rilevazione statistica delle convinzioni mediamente diffuse nella società" (30). Ma v'è di più. Anche ove vi sia il rinvio a criteri sociali è lecito dubitare della capacità del giudice di poter compiere un'accurata e attendibile indagine sociologica e statistica. È ragionevole pensare che il giudice proceda più per intuizioni su ciò che è condiviso da un gruppo sociale che non per indagini statistiche (31). Infine può essere davvero arduo

(28) Per uso indiretto si intende il conosciuto uso tra virgolette, su cui R.M. HARE, *Il linguaggio della morale*, cit., 124-125.

(29) Che una scelta sia possibile non significa che essa sia giustificabile e tanto meno giustificata, sul punto v. *infra* § 6.

(30) G. PINO, *Il linguaggio dei diritti*, cit., 404 che riferisce le sue osservazioni ai termini valutativi contenuti nei testi costituzionali; in argomento si veda pure C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 323-327.

(31) Mi pare che non fosse troppo distante da questa opinione R. POUND, *Introduzione alla filosofia del diritto* (1922), trad. it. Firenze, Sansoni,

trarre dalle società attuali (pluraliste, complesse) criteri di valutazione omogenei (32). Se tutto ciò è corretto anche per le clausole generali che rinviano espressamente a criteri morali e/o sociali l'interprete esercita la sua discrezionalità nella scelta e nella costruzione del criterio di valutazione, per quanto restino esclusi quelli che sin qui si sono chiamati criteri interni (33).

Per cui, in sintesi, si può dire che l'interpretazione delle norme che contengono clausole generali presenta caratteri diversi dall'interpretazione delle norme che non le contengono proprio per questo: per ciò che concerne le prime entrano in gioco problemi di indeterminatezza. L'ultima affermazione merita un chiarimento. Sostenere che il tratto semantico tipico delle clausole generali è costituito dall'indeterminatezza e non dalla vaghezza o dall'ambiguità non significa che nel determinare il significato delle clausole generali l'interprete non si imbatta anche nella vaghezza e nell'ambiguità, ma esse potranno riguardare lo standard, il criterio, sia che si tratti di un criterio

1963, cap. III; in proposito v. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 310-313.

(32) Pure queste osservazioni critiche sono tratte da G. PINO, *Il linguaggio dei diritti*, cit., 405, il quale si è parzialmente ispirato alle riflessioni di B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, S. POZZOLO (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, 89-123.

(33) Scrive in proposito F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 435-436: "In definitiva, possiamo concludere che tanto negli elementi descrittivi, quanto in quelli valutativi, il processo di individuazione della fattispecie è teoricamente ricostruibile in un senso che va dalla valutazione dei fatti ai fatti valutati. Ma, mentre negli elementi descrittivi il termine medio, che consente il passaggio, è costituito da quel fondamentale e prezioso strumento che è il linguaggio, nel quale il profilo valutativo è messo relativamente in ombra a tutto vantaggio di quello concettuale, negli elementi valutativi il termine medio è costituito dal comportamento dei consociati, attraverso il quale è possibile l'individuazione dei fatti valutati... Il grado di determinatezza degli elementi valutativi è, dunque, proporzionale al grado di omogeneità ed uniformità dei comportamenti sociali esprimenti valutazioni e considerati sempre in relazione a dati tipi di fatto".

esterno, sia che si tratti di un criterio interno al diritto e non in via immediata la clausola generale.

È possibile ora perfezionare il cammino ridefinitorio intrapreso, definendo la clausola generale come *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.*

Una volta ridefinite le clausole generali resta da chiedersi: in che senso esse possono dirsi elastiche? Se si considera la ridefinizione di clausola generale proposta appare evidente che l'elasticità delle clausole generali riposa sulla variabilità dei contenuti dei parametri di giudizio. Solitamente i giuristi usano la parola "elasticità" come sinonimo di mutevolezza. Tuttavia, sostenere che le clausole generali sono elastiche o mutevoli non significa, è pressoché banale dirlo, che l'interpretazione delle norme che non contengono clausole generali sia invece, per così dire, rigida: il significato delle parole muta nel tempo, anzi di solito per le parole si danno sia più significati possibili sul piano sincronico, sia la mutevolezza dei significati possibili sul piano diacronico. Si tratta, dunque, di differenti forme di elasticità, dipendenti dalle diverse considerazioni che presiedono alla determinazione del significato delle clausole generali rispetto alla determinazione del significato degli enunciati normativi che non contengono clausole generali. V'è di più. Una volta accettato che il rinvio del termine valutativo può essere inteso, per talune clausole generali, a norme del sistema giuridico, una parte dell'elasticità della clausola generale dipende proprio dalla non rigidità del significato degli enunciati normativi cui la clausola rinvia (34).

(34) In questo senso, ma solo in questo, si può concordare con Esser e

Per il vero la questione della elasticità delle clausole generali merita ulteriori approfondimenti. Si è appena detto che accolta la tesi del rinvio esclusivo a criteri esterni per determinare il significato delle clausole generali come meramente contingente, legata, cioè, a una scelta dell'interprete o associata al tipo di clausola generale con cui ci si misura, ove l'interprete scelga come standard un criterio interno, una parte dell'elasticità della clausola generale dipende dalla non rigidità del significato degli enunciati normativi che danno corpo al criterio interno stesso. Si è precisato però che una parte dell'elasticità delle clausole generali, ma non tutta, dipende da ciò.

Le clausole generali, infatti, sono, per così dire, doppiamente elastiche: *a*) in quanto sono indeterminate nel senso ripetutamente indicato, cioè che la determinazione del loro significato richiede la scelta e l'uso di uno più criteri interni o esterni al diritto; *b*) in quanto il criterio, il parametro di giudizio varia o può variare di contenuti nel tempo. Insomma nell'interpretare clausole generali si sceglie tra criteri concorrenti e i vari parametri di giudizio in campo mutano o possono mutare di contenuto nel tempo.

È necessario precisare, a ogni buon conto, che per una o più ragioni l'elasticità di cui al punto *a*), quella legata all'indeterminatezza delle clausole generali, può, sul piano sincronico, affievolirsi o addirittura venire meno. Tale accadimento si rea-

Betti [v. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 152 ss.; J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), trad. it., Napoli, Esi, 1983, 54 ss.] quando sostengono che non v'è differenza tra le valutazioni compiute per l'interpretazione delle clausole generali e l'interpretazione degli enunciati normativi che non contengono clausole generali. Osserva sul punto E. DICOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., 377, nota 115: "Si deve però rilevare che, se anche fosse vero che l'interprete debba in ogni caso compiere valutazioni, le valutazioni compiute per attribuire un significato ai termini descrittivi hanno contenuto diverso dalle valutazioni necessarie per attribuire un significato ai termini valutativi".

lizza qualora gli interpreti, in un arco temporale, concordino in prevalenza o in via unanime sullo standard da scegliere per determinare il significato della clausola generale e questo meccanismo si stabilizza attraverso l'osservanza dei precedenti (35). Ciò non significa però che il criterio su cui v'è concordia tra gli interpreti non possa cambiare di contenuto nell'arco di tempo considerato e se ciò accadesse, rimarrebbe intatta l'elasticità di cui al punto *b*). Pure questo evento non è di certa realizzazione: la morale sociale di solito è mutevole, i medesimi enunciati normativi possono essere intesi in maniera diversa in momenti differenti, si tratta, è noto, di eventi che sovente accadono e pur tuttavia, da questo fatto non è corretto inferire che si tratta di eventi che necessariamente e inevitabilmente si realizzano, per cui anche l'elasticità dello standard è una variabile dipendente del contesto sociale e dell'ordinamento giuridico al quale appartiene la clausola generale.

Vale la pena ribadirlo: le clausole generali sono caratterizzate da indeterminatezza, ovvero sono termini o sintagmi valutativi, ma da ciò non ne segue il necessario rinvio a criteri esterni al diritto per assegnare un significato alle clausole generali. La questione è più complessa, lo si è visto, e suscita problemi molteplici e in parte diversi a seconda del tipo di clausola generale e del contesto (inteso in senso amplissimo) in cui la clausola generale opera.

Si può concludere, dunque, che la scelta dello standard e l'uso di questo per determinare il significato della clausola gene-

(35) Per tutti v. M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, ES, 2007. Scrive G. ORRÙ, *Richterrecht*, Milano, Giuffrè, 1983, 48, che il processo di concretizzazione della clausola generale "...si svolge attraverso un processo... di perfezionamento del contenuto logico immanente della norma, in cui le precedenti valutazioni gradualmente maturano sino a divenire la base... comunemente accettata", ma conclude che essa "...tuttavia non acquista mai una dimensione definitiva".

rale costituiscono la cosiddetta integrazione valutativa (36). Alla luce della ridefinizione di clausola generale perfezionata in questo paragrafo si esamineranno le restanti questioni controverse nel dibattito dottrinale: i rapporti che le clausole generali intrattengono con i principi del diritto e con il sillogismo giudiziale.

4. *Clausole generali e principi del diritto.*

Il rapporto tra clausole generali e principi del diritto è particolarmente controverso. Il dibattito intorno a tale rapporto è un esempio piuttosto chiaro di “ontologismo delle nozioni giuridiche” talvolta (inconsapevolmente) praticato dai giuristi. Infatti, l’aspetto più ricorrente nella letteratura sul tema è la ricerca di un criterio distintivo forte tra clausole generali e principi del diritto. Si cerca, cioè, di individuare un tratto differenziale che consenta sempre, in ogni circostanza, di stabilire che si è in presenza di un principio del diritto (e quindi non di una clausola generale), oppure che si è in presenza di una clausola generale (e quindi non di un principio del diritto).

In questo paragrafo si procederà, invece, in continuità con il metodo adottato nel resto del saggio, ossia muovendo dagli usi delle due nozioni in questione. Alla conclusione del paragrafo si vedrà che in fondo la questione della necessaria distinzione tra principi e clausole generali è mal posta, ed è preferi-

(36) Si può concordare con quanto sostenuto in proposito da M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit., 319, per il quale per le clausole generali “...il fatto, e non la norma, è il punto di riferimento per l’impiego dello *standard*, la norma è integrata dallo *standard* perché il fatto cui essa viene applicata è valutato sulla base dello *standard*” il che equivale a dire che lo *standard* è lo strumento necessario per interpretare la clausola generale (cioè per determinarne il significato e fissarne le condizioni applicative).

bile porsi nella prospettiva della non necessaria sovrapposizione tra principi e clausole generali.

Per essere più chiari: sia la nozione di clausola generale (lo si è visto), sia quella di principio del diritto (lo vedremo tra poco) sono usate dagli stessi giuristi in molteplici accezioni, talune delle quali non prive di opacità, e la varietà degli usi determina o può determinare delle sovrapposizioni. Per quanto riguarda la nozione di clausola generale si è già provveduto a ridefinirla, e proprio la definizione esplicativa proposta costituirà il punto di confronto con la controversa nozione di principio del diritto. Tuttavia, per procedere in questa direzione il primo passo da compiere consiste nel fornire una sintetica rassegna dei vari modi di intendere il sintagma “principio del diritto”.

Già in altra occasione abbiamo avuto modo di confrontarci con i molti volti dei principi del diritto (37), vale a dire con i molteplici caratteri che singolarmente o cumulativamente considerati sono in grado, in un contesto normativo dato, di attribuire a una norma lo *status* di principio del diritto (38). Riprendiamo brevemente le fila del discorso. I principi del diritto possono essere classificati da svariati punti di vista, per esempio in relazione alla loro genesi, al rapporto che intercorre tra loro e le gerarchie normative, alla funzione che assolvono, alle modalità della loro applicazione, a una proprietà strutturale o semantica (39).

(37) Cfr. V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002, 133-138, ove si possono rintracciare i riferimenti bibliografici essenziali, ai quali si aggiungano H. ÁVILA, *Theory of Legal Principles*, Dordrecht, Springer, 2007; G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2008.

(38) Il riferimento ad un contesto normativo dato ed ai principi come norme presuppongono l'accoglimento di due tesi: i principi sono norme; la distinzione tra norme che sono principi e norme che non lo sono è relativa o, come si è soliti dire, debole.

(39) I criteri per poter classificare i principi non si esauriscono in quelli

Avendo riguardo al profilo genetico dei principi, si è soliti distinguere tra principi espressi e inespressi, a seconda che si individui un principio in un qualche enunciato normativo esplicitamente formulato, oppure che il principio non coincida con un enunciato normativo espressamente formulato, bensì sia ricavato, secondo svariate tecniche e modalità, da una o più formulazioni normative (40).

Per ciò che concerne il rapporto tra principi e gerarchie normative si attribuisce di solito il rango di principio a enunciati normativi che hanno una elevata collocazione nel sistema delle fonti di un certo ordinamento giuridico (per esempio le norme costituzionali in un sistema a Costituzione rigida), oppure alle quali si attribuisce, indipendentemente o con l'ausilio della gerarchia appena trattata, una particolare importanza e rilevanza nell'ordinamento giuridico nel suo complesso o in una parte più o meno estesa di esso (si parla al riguardo di gerarchie assiologiche spesso istituite dall'interprete).

Per quanto concerne le funzioni che i principi del diritto possono assolvere se ne richiamano usualmente tre. I principi possono rilevare, cioè, nella produzione, nell'interpretazione o nell'integrazione del diritto. Più in particolare talune norme sono principi in quanto regolano a vario titolo la produzione di altre norme, stabilendo, per esempio, chi ha la competenza e/o le modalità della produzione normativa. Talune norme indicate come principi rilevano nell'interpretazione ove a enunciati normativi di rango inferiore nella gerarchia delle fonti rispetto al principio non possa essere attribuito un significato in contrasto

proposti, ma ciò che interessa è indicare i più ricorrenti, individuare i vari tipi di principi che dall'applicazione dei criteri scaturiscono e porli a raffronto con la nozione già elaborata di clausola generale.

(40) G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008, cap. XI; G. TUZET, *L'abduzione dei principi*, *Ragion pratica*, 33, 2009, 517-539.

col principio stesso. I principi rilevano nell'integrazione del diritto in quanto possono essere utilizzati per colmare le lacune (41).

Avendo riguardo alle modalità di applicazione si sostiene che i principi, a differenza delle norme che non sono principi, si applicano secondo la tecnica del bilanciamento (42).

Con riferimento a una peculiare proprietà strutturale o semantica, riguardante, cioè, il modo in cui i principi sono formulati, il lessico di giuristi e teorici del diritto è prodigo di indicazioni: i principi sono, infatti, a fattispecie aperta, oppure altamente vaghi, o caratterizzati da un elevato grado di generalità. I principi hanno una fattispecie aperta in quanto sono norme defettibili che non enumerano in maniera esaustiva "...le eccezioni in presenza delle quali la conseguenza giuridica non si produce" (43). Per altri i principi hanno il carattere della vaghezza molto accentuato, per quanto sovente non si comprenda di quale vaghezza si tratti, anzi si parla indifferentemente e senza precauzione linguistica di vaghezza o di indeterminatezza semantica. Certa letteratura associa ai principi il tratto della generalità, attribuisce ai principi un grado di generalità più elevato rispetto a quello posseduto dalle altre norme che non sono principi. Ma è ben noto che la generalità, intesa come il riferimento a classi di soggetti, oggetti o situazioni, è una proprietà graduabile e che si hanno, quindi, norme più generali rispetto ad alcune norme ma meno generali rispetto ad altre, ragion per cui in virtù del carattere della generalità una norma può essere o può non essere un principio a seconda del contesto normativo considerato (44).

(41) Art. 12 comma 2 disposizioni preliminari al Codice civile.

(42) La letteratura è sconfinata v. ancora G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, cit., e *ivi* le opportune indicazioni bibliografiche.

(43) R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2001, 32.

(44) Cfr. *retro* capitolo I, § 6.

Al discorso appena compiuto bisogna aggiungere che le caratteristiche menzionate vengono considerate talvolta esclusive e talaltra cumulative. Per taluni, lo si è detto anche all'inizio del paragrafo, una caratteristica tra quelle menzionate vale a connotare un principio del diritto, per esempio: i principi hanno la fattispecie aperta, senza che importi se si applichino col metodo del bilanciamento, quale rango occupino nella gerarchia delle fonti etc. Per altri i principi possono condividere più caratteri tra quelli menzionati, non a caso alcuni di essi attingono all'aspetto genetico, altri a quello strutturale, altri ancora a quello funzionale, aspetti che possono essere complementari tra loro.

Orbene, prescindendo da quest'ultima considerazione (riguardante la possibile complementarietà dei criteri che fanno di una norma un principio) è indispensabile ora porre a confronto la ridefinizione di clausola generale con le varie specie di principio del diritto emerse dalla breve sintesi fornita. Si rammenti che per clausola generale si intende 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.

Il primo punto da mettere in luce è che i principi sono norme, affatto peculiari, ma norme (45), mentre le clausole generali sono termini o sintagmi, vale a dire elementi, componenti di norme (46). Il dibattito intorno alla relazione tra principi del

(45) Una precisazione: nella concezione qui accolta i principi sono contenuti di significato di enunciati normativi espressi portatori di una o più caratteristiche o, per i cosiddetti principi inespressi, contenuti di significato di un enunciato formulato a seguito di una elaborazione, costruzione operata a partire da uno o più enunciati normativi espressi.

(46) Correttamente in tal senso si sono orientati, seppur con lessico di-

diritto e clausole generali è stato spesso sviluppato da una prospettiva infelice nella quale non si teneva conto della differenza appena segnalata. Al contrario, basandosi su di essa è possibile riportare la questione del rapporto tra principi del diritto e clausole generali sulla strada della loro non necessaria sovrapposizione/coincidenza.

Prendendo in considerazione i tipi di principi individuati in precedenza e ponendoli a raffronto con la nozione di clausola generale ci si trova innanzi al quadro seguente. Non ogni volta che si ha a che fare con una clausola generale si ha a che fare *ipso facto* con un principio, la mera presenza di un termine valutativo non comporta la qualificazione dell'enunciato normativo che lo contiene e del suo significato come principio. Allo stesso modo non ogni principio è una clausola generale, vale a dire che non è un elemento necessario dei principi essere costituiti anche da termini valutativi. Non v'è quindi una necessaria sovrapposizione tra clausole generali e principi, e per essere più precisi non v'è nemmeno una necessaria distinzione tra principi del diritto e clausole generali.

Possono esservi, quindi, norme ritenute principi in ragione della loro elevata collocazione nella gerarchia delle fonti, senza che la loro formulazione contenga clausole generali. È possibile, inoltre, che siano istituite gerarchie assiologiche, qualificando una norma come un principio e facendole assumere un maggior peso rispetto ad altre del medesimo livello gerarchico-formale, in assenza di clausole generali; oppure la gerarchia assiologica può essere connessa alla presenza di una clausola generale e in questo caso avremo una sovrapposizione tra principio e clausola generale.

versificato, Mengoni e Belvedere nei saggi ripetutamente menzionati. A voler essere rigorosi le clausole generali in quanto termini o sintagmi sono parti di enunciati normativi e non di norme, ma nell'arco di questo lavoro si è sovente assecondata l'abitudine dei giudici e dei giuristi, i quali raramente distinguono l'enunciato normativo dalla norma.

Per quanto riguarda la distinzione tra principi espressi e inespressi va notato che essa non muta le considerazioni che si sono compiute sul rapporto tra principi e clausole generali. Per essere più chiari. Un principio espresso può essere anche una clausola generale se contiene termini valutativi; un principio cosiddetto inespresso, una volta esplicitato può contenere o non contenere, a seconda del modo in cui viene formulato, una clausola generale.

Se si considera una qualità distintiva dei principi la elevata vaghezza, la alta generalità, l'aver una fattispecie aperta (cioè considerare i principi, in un qualche senso del termine, indeterminati), la possibilità di sovrapporre clausole generali e principi cresce, specie guardando agli usi linguistici diffusi tra giudici e giuristi. Eppure le possibilità di sovrapposizione si riducono sensibilmente se si adotta la definizione esplicativa di clausola generale proposta in questo saggio. Infatti, si avrà un principio, che è al medesimo tempo, una clausola generale, e una clausola generale che è anche un principio, soltanto se si ritiene una o la caratteristica peculiare dei principi l'indeterminatezza semantica, nel significato specifico in cui la si è intesa (47).

Quali sono, dunque, le conclusioni riguardo al rapporto tra clausole generali e principi del diritto? La conclusione, apparentemente banale, è che non v'è una necessaria sovrapposizione tra clausole generali e principi del diritto, ma ove questa dovesse realizzarsi, in ragione della varietà dei principi del di-

(47) Ha ragione C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 328, ove sostiene che “Si danno allora combinatoriamente quattro tipi di proposizioni normative: *i*) norme che sono principi e che contengono concetti vaghi socialmente tipici... *ii*) norme che sono principi e che *non* contengono concetti vaghi socialmente tipici... *iii*) norme che *non* sono principi e che contengono concetti vaghi socialmente tipici... *iv*) norme che *non* sono principi e che *non* contengono concetti vaghi socialmente tipici”.

L'unica correzione da apportare alle parole di Luzzati consiste nel sostituire a “concetti vaghi socialmente tipici” il sintagma “termini valutativi”.

ritto, v'è un'unica conseguenza, ossia quella di dover affrontare nell'interpretazione della clausola generale-principio questioni di indeterminatezza semantica. Insomma, la ricerca spasmodica di un criterio distintivo tra clausole generali e principi del diritto appare in buona misura sterile, e talune affermazioni compiute in proposito possono essere viste in una luce plausibile se lette non in termini di una netta distinzione tra clausole generali e principi del diritto, bensì come affermazioni dal seguente tenore: se si intendono i principi del diritto nel modo x, allora essi possono non essere anche clausole generali (in quanto non contengono termini valutativi).

Ecco, dunque, che ritenere i principi caratterizzati da “una più forte idealità” rispetto alle clausole generali, significa che per essere principi non è necessaria o non basta la presenza di termini valutativi (48). È pure più che ragionevole sostenere che di regola le clausole generali operano all'interno dei confini fissati dai principi, purché si chiarisca che in tal guisa i principi sono considerati norme di particolare rilevanza per un ordinamento giuridico o per un settore dello stesso e che tale rilevanza non dipende dalla presenza nella loro formulazione di termini valutativi; e aggiungendo che le clausole generali che non hanno il carattere necessario per assurgere al ruolo di principi operano, di conseguenza, all'interno del quadro delineato dai principi medesimi (49).

5. *Clausole generali e sillogismo giudiziale.*

Una tesi assai sostenuta, se non addirittura pacifica, è quella riguardante l'impossibilità di applicare sillogisticamente

(48) V. quanto autorevolmente scritto da A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., 13.

(49) La tesi riportata è di S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 721.

le clausole generali. Questa tesi suscita perplessità, specie se esposta in termini perentori. È bene addentrarsi nella questione.

Per prima si impone una osservazione. Le clausole generali sono termini o sintagmi valutativi, come tali la loro interpretazione si innesta all'interno di un enunciato normativo del quale fanno parte, ne consegue che se la clausola generale si sottrae alla applicazione sillogistica, allora non si applica sillogisticamente la norma frutto dell'interpretazione dell'intero enunciato normativo di cui la clausola generale è parte. A non essere applicata sillogisticamente, quindi, non è, eventualmente, la sola clausola generale ma la norma nel suo insieme. Inoltre negli usi della letteratura in questione è pure poco chiaro il significato del sintagma "applicazione sillogistica". In più i sostenitori della tesi in discussione paiono dare per scontata una conclusione ulteriore, ossia: le norme che non contengono clausole generali si applicano sillogisticamente (50). Tuttavia, pure quest'ultima affermazione è, in tal guisa, approssimativa.

Per dipanare la matassa è bene distinguere due oggetti di indagine: *a*) il ragionamento inteso come attività intellettuale compiuta dall'interprete per giungere a una decisione (ragionamento cosiddetto decisorio); *b*) il ragionamento inteso come insieme delle ragioni addotte a sostegno della conclusione raggiunta dall'interprete e dei passaggi sviluppati per giungervi (ragionamento cosiddetto giustificativo) (51).

(50) Così pare, si è detto, altrimenti non si comprende l'insistenza sulla tesi che nega la relazione tra clausole generali e sillogismo. Ovviamente si è parlato e si continua a parlare, nel contesto che ci occupa, del sillogismo pratico, vale a dire "...il sillogismo in cui una delle due premesse e la conclusione sono enunciati normativi" (così M. JORI e A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, 233).

(51) V. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 111 ss. La coppia ragionamento decisorio/ragionamento giustificativo evoca la distinzione tra contesto di decisione e di giustificazione. Si tratta di una distin-

Quale sia il ruolo del sillogismo nel ragionamento decisorio è assai dibattuto e controverso sia dal punto di vista descrittivo, sia da quello prescrittivo. Per un verso è discusso se il sillogismo sia uno schema di ragionamento adeguato per fornire una rappresentazione del modo in cui i giudici (o chiunque altro) pervengono alla decisione, per l'altro verso è altrettanto dubbio se il sillogismo sia lo schema di ragionamento che i giudici dovrebbero seguire per pervenire alla decisione. Senza ripercorrere le vicende tormentate del ruolo del sillogismo nel ragionamento decisorio e limitando l'attenzione alle clausole generali, si può notare quanto segue.

La letteratura che nega la possibilità di mettere in relazione le clausole generali e il sillogismo non dichiara mai o quasi mai se si riferisca al ragionamento decisorio, a quello giustificativo oppure a entrambi (52). L'affermazione ricorrente è: l'interprete alle prese con le clausole generali non può ragionare in termini sillogistici. Se si muove dall'ipotesi che l'affermazione è da intendersi riferita al ragionamento decisorio, essa significa che con le clausole generali non si può “pensare” in termini sillogi-

zione variamente intesa, problematica e la cui utilità per l'ambito del ragionamento giuridico e giudiziale è stata sottoposta a vaglio critico (per una sintesi dei problemi riguardanti la distinzione e del dibattito intorno ad essi v. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, 112-117, e *ivi* la letteratura citata). Nel discorso che si va compiendo si usa la distinzione tra ragionamento decisorio e giustificativo come strumento adeguato per esaminare e criticare la letteratura sul rapporto tra clausole generali e sillogismo, lasciando irrisolta la questione del rapporto che intercorre o può intercorrere tra i due tipi di ragionamento e senza indagarne i rapporti con i vari modi di intendere il contesto di decisione e di giustificazione. Per approfondimenti e opinioni (almeno in parte) differenti v. G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, Giappichelli, 2008, 231 ss.; T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli, 1996, *passim*.

(52) Con la lodevole eccezione di M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit., il quale dichiara senza ambiguità o oscillazioni di dedicarsi al ragionamento giustificativo.

stici e dunque la razionalità del ragionamento fondato sulle clausole generali medesime sarebbe da ricercarsi altrove (53). Il punto è che negli ordinamenti contemporanei per quello che concerne le decisioni dei giudici il controllo su di esse si esercita sulla motivazione della decisione medesima. È dunque più interessante esaminare il ragionamento giustificativo e cercare di capire se la giustificazione della decisione che coinvolge clausole generali possa riguardare il sillogismo oppure no.

Per cui se si concentra l'attenzione sulla giustificazione della decisione e sulla sua razionalità, non importa tanto sapere se il sillogismo giochi un qualche ruolo a livello decisorio, ma se ne assolva o ne possa assolvere uno a livello giustificativo. In proposito è stato scritto, efficacemente, che "...non si vede perché il giudice non possa... presentare *anche* in forma sillogistica la propria giustificazione. Si tratterà di una giustificazione *ex post*, ma non di una giustificazione inopportuna: una giustificazione, infatti, che non possa mettersi in forma sillogistica non è una giustificazione razionale, perlomeno nei sensi forte e fortissimo di questa espressione. L'invito rivolto ai giudici a controllare sempre se le proprie conclusioni siano giustificabili in forma sil-

(53) Sono ben noti sul punto i rilievi di Esser (v. J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit.), sui quali esprime perplessità Taruffo, il quale sostiene: "Ciò che sorprende in Esser, ma che conferma come la sua analisi dei 'controlli' sulla decisione non serva a gran che dal punto di vista della sua giustificazione, è che egli non parla affatto di tali 'controlli' quando si occupa della motivazione della sentenza... Questo dimostra che anche per Esser la distinzione tra decisione e giustificazione (e tra decisione giudiziaria e motivazione) è molto netta, ma allora il suo discorso diventa molto vago a proposito delle condizioni per una giustificazione razionale della decisione. Sembra comunque difficile liberarsi dall'impressione che la sua analisi dei 'controlli' di razionalità della decisione miri soltanto a penetrare nella mente del giudice, al fine di consigliarlo sul 'ben decidere'... ma che si tratti di una prospettiva fortemente 'mentalista', che trascura completamente il profilo della razionalità giustificativa e argomentativi..." (M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit., 322, nota 27).

logistica può forse, in certi casi, essere superfluo: ma dannoso mai” (54). Questa affermazione vale anche per le clausole generali, si tratta ora di spiegare il perché.

La giustificazione della decisione può essere interna ed esterna (55). La giustificazione interna riguarda il rapporto tra premesse e conclusione, e in tale prospettiva “...La giustificazione logica di una decisione giudiziale dimostra la razionalità di essa. Una decisione è razionale se è inferita dalle premesse secondo regole accettate di inferenza... Il sillogismo giuridico può essere considerato come una forma di giustificazione interna della decisione giudiziale”, per quanto essa sia “...condizionata dalla nozione di regole giuridiche di inferenza e dal modello teoretico accettato di applicazione giudiziale del diritto” (56). La giustificazione interna non sottopone a vaglio critico le premesse, poiché questo compito spetta alla giustificazione esterna, che riguarda, dunque, le premesse del sillogismo decisionale. La giustificazione esterna ha un ruolo “...enorme, ma esso non può essere spiegato da strumenti logico-formali” (o solo da essi), e ne consegue che “...Il ruolo della logica informale, o logica dell’argomentazione non è quindi affatto minacciato dall’uso della giustificazione sillogistica. Al contrario questa giustificazione potrebbe servire come un argomento a favore del ruolo decisivo delle valutazioni e delle scelte nella determinazione delle premesse della decisione giudiziale” (57).

Fissate queste coordinate si possono svolgere alcune considerazioni su giustificazione interna ed esterna e clausole generali.

(54) P. COMANDUCCI, *Su Taruffo*, cit., 353.

(55) J. WRÓBLEWSKI, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, Giappichelli, 1987, 277-297.

(56) J. WRÓBLEWSKI, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, cit., 286.

(57) *Ibidem*, 296.

Riguardo alla giustificazione interna non si comprende in che modo la presenza di clausole generali dovrebbe escludere la possibilità di usare il sillogismo pratico per la giustificazione della decisione e la rilevanza di qualche meccanismo inferenziale per valutare il rapporto tra premesse poste e conclusione raggiunta. Una volta poste le premesse si può, eventualmente, mettere in discussione che vi siano regole giuridiche di inferenza, ma allora a saltare sarebbe la stessa possibilità di una giustificazione interna, e tale esito varrebbe sia in presenza, sia in assenza di clausole generali. Dunque, per quello che riguarda la giustificazione interna, se si ammette la bontà della nozione, si può dire che pure avendo a che fare con clausole generali la decisione è giustificata se la conclusione è correttamente derivata dalle premesse, per cui il sillogismo pratico giudiziale è perfettamente in grado di garantire la giustificazione interna della decisione giudiziale medesima.

Per ciò che concerne la giustificazione delle premesse, ovvero la cosiddetta giustificazione esterna, il discorso è più articolato. In questo lavoro si è affrontata la questione della determinazione del significato delle clausole generali, ossia, con riferimento a un ipotetico sillogismo pratico giudiziale, della determinazione della premessa maggiore del sillogismo. La costruzione della premessa maggiore, ove ci si confronti con delle clausole generali, ossia con termini valutativi indeterminati, comporta almeno due passaggi giustificativi: il primo riguardante la scelta dello standard; il secondo pertinente alla determinazione del contenuto dello standard (58). Riguardo al primo

(58) In questo passaggio l'interprete "...in un primo momento farà probabilmente ricorso ad altri concetti qualificatori, più o meno vicini nel significato a quello" (così U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), rist. inalterata, Milano, Giuffrè, 1985, 141), ma l'importante è che non si arresti a questo punto, altrimenti il processo interpretativo rischierebbe di concludersi con la sostituzione di un termine indeterminato (ad

passaggio giustificativo si è già detto che l'interprete può essere chiamato a misurarsi con clausole generali che rinviano indifferentemente, sul piano semantico, a criteri esterni o interni, oppure con clausole generali che indicano il tipo di criterio. Per le clausole generali che rinviano indifferentemente, sul piano semantico, a criteri esterni o interni, nel caso in cui la scelta dell'interprete cada su un criterio interno, cioè su una o più norme del sistema giuridico, il secondo passaggio giustificativo si risolve nella determinazione di significato di tali norme, o per essere più precisi, nella determinazione del significato delle norme e nella sua giustificazione, ovvero nella spiegazione, con argomenti appropriati, del perché si è scelto quel significato e non qualche altro. Si tratta, quindi, della consueta attività interpretativa compiuta da giuristi e giudici. Mentre nell'ipotesi in cui la scelta dell'interprete cada, o non possa che cadere, su criteri esterni, il secondo passaggio giustificativo assume contenuti vari

esempio buona fede) con un altro altrettanto indeterminato (ad esempio correttezza), risolvendosi il tutto in una tautologia. È quanto accade allorquando la giurisprudenza spiega l'abuso del diritto in termini di violazione della buona fede oggettiva, senza aggiungere altro. Per un esempio ulteriore Trib. Salerno 18. 3. 2008, n. 768, *Guida al diritto*, fasc. 20, 59: 'L'art. 1759, comma, 1, c.c., che impone al mediatore l'obbligo di comunicare alle parti le circostanze a lui note circa la valutazione e sicurezza dell'affare che possano influire sulla sua conclusione, deve essere letto in coordinazione con gli art. 1175 e 1176, nonché con la disciplina dettata dalla l. 39/1989. Ne consegue che il mediatore, pur non essendo tenuto, in difetto di un incarico particolare in proposito, a svolgere, nell'adempimento della sua prestazione (che si dipana in ambito contrattuale), specifiche indagini di natura tecnico-giuridica (come l'accertamento della libertà dell'immobile oggetto del trasferimento, mediante le visure catastali e ipotecarie) al fine di individuare circostanze rilevanti ai fini della conclusione dell'affare a lui non note, è pur tuttavia tenuto a un obbligo di corretta informazione secondo il criterio della media diligenza professionale, il quale comprende, in positivo, l'obbligo di comunicare le circostanze a lui note o comunque conoscibili con la diligenza che si richiede al mediatore''.

e che in ogni caso non consistono nell'interpretare altre norme del sistema giuridico (59).

6. *Interpretazione, applicazione delle clausole generali e politica del diritto.*

Gli scopi di questo lavoro dichiarati sin dalle prime pagine sono stati essenzialmente due: 1) costruire una definizione esplicativa, ossia ridefinire la nozione di clausola generale a partire dagli usi diffusi in dottrina e in giurisprudenza; 2) esaminare i vari elementi della definizione esplicativa proposta e misurarne l'attendibilità.

Alla luce di ciò non è superfluo proporre di nuovo al lettore la definizione esplicativa raggiunta: *la clausola generale è 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.* Il perseguimento dello scopo delineato nel secondo punto ha imposto il confronto con talune questioni ricorrenti della letteratura di diritto privato e della giurisprudenza riguardanti le clausole generali ed è stata soprattutto la chiarificazione del rapporto che intercorre tra termini o sintagmi valutativi e indeterminatezza a fornire conforto, o a consentire la confutazione, delle tesi sostenute dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Si può asserire, dunque, che l'individuazione puntuale della caratteristica semantica propria delle clausole generali ha permesso di approfondire cinque punti salienti: a) il rapporto tra

(59) Per un esame accurato, M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit., 326-341; v. pure retro § 3.

clausola generale, standard valutativo e integrazione valutativa; ovvero tra termine o sintagma, criterio/i utile/i a determinarne il significato; *b*) se i criteri utilizzabili siano sempre e necessariamente esterni al diritto; *c*) come possa plausibilmente intendersi la cosiddetta elasticità delle clausole generali; *d*) il rapporto tra clausole generali e principi del diritto; *e*) se sia davvero corretto, e in qual senso eventualmente lo sia, sottrarre le clausole generali a qualsiasi relazione col sillogismo pratico. I punti *d*) ed *e*) sono stati affrontati nei due paragrafi che precedono quello che si sta scrivendo, è bene tornarvi sopra subito, seppure per lo stretto indispensabile.

Con riguardo al rapporto tra clausole generali e principi del diritto si sono prese le mosse dai vari modi di intendere i principi e ponendoli a raffronto con la nozione di clausola generale si è giunti alla conclusione che non ogni clausola generale è un principio, e non ogni principio è una clausola generale. La presenza di un termine valutativo non comporta la qualificazione dell'enunciato normativo che lo contiene e del suo significato come principio. Allo stesso modo non ogni principio è una clausola generale, vale a dire che non è un elemento necessario dei principi essere costituiti anche da termini valutativi. Non v'è quindi una necessaria sovrapposizione tra clausole generali e principi, e per essere più precisi non v'è nemmeno una necessaria distinzione tra principi del diritto e clausole generali. La conclusione su questo punto è che non v'è una necessaria sovrapposizione tra clausole generali e principi del diritto.

Inoltre è stato necessario mettere in discussione la ricorrente tesi della totale estraneità del sillogismo pratico rispetto alla interpretazione e alla applicazione delle clausole generali. L'affermazione è persa, infatti, sbrigativa. Distinguendo tra ragionamento decisorio e giustificativo (e all'interno di questo tra giustificazione interna ed esterna) è stato possibile mettere in luce tre questioni fondamentali. In primo luogo che è opportuno concentrare l'attenzione sul ragionamento giustificativo. In

secondo luogo che con riguardo alla giustificazione interna della decisione giudiziale, ovvero al rapporto tra premesse (poste) e conclusione, il sillogismo pratico può svolgere un ruolo significativo, e può assolverlo sia in presenza, sia in assenza di clausole generali. Anzi, con minore cautela, si può dire che il sillogismo pratico deve svolgere un ruolo significativo, poiché in assenza di sillogismo da premesse a conclusioni svanirebbe la struttura logica di qualsiasi ragionamento concludente (60). Oggetto di critica può essere, invece, la nozione di sillogismo come ragionamento che muove da premesse di significato certo e selezionabili in modo “meccanico”. In terzo luogo che la giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo può avere molti aspetti in comune per gli enunciati normativi che contengono clausole generali e per quelli che non li contengono (61). Ciò accade per quelle clausole generali che rinviano indifferentemente, sul piano semantico, a criteri esterni e in-

(60) Scrive P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998, 72: “...tra i vari sensi di razionalità ve n’è di certo uno logico, ossia la razionalità consiste nella coerenza tra premesse e conclusioni di un argomento”.

(61) Vale la pena segnalare che assumere come valida la distinzione tra giustificazione interna ed esterna, attribuendo un compito di rilievo al sillogismo pratico nella giustificazione interna, non significa negare *sic et simpliciter* un ruolo al sillogismo pratico nella giustificazione esterna. In proposito ha ottimamente riassunto le posizioni in campo G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell’argomentazione giudiziale*, cit., 243-249, specialmente 243-244: “...se teniamo conto anche dei livelli della giustificazione normalmente impliciti, omessi, nascosti nelle sentenze, scopriamo che la giustificazione esterna è certamente ricostruibile non come un singolo sillogismo, ma come... un insieme di sillogismi concatenati... Mentre se teniamo conto della (giustificazione esterna o della) motivazione (in diritto) addotta in favore del sillogismo decisionale che si può leggere... nelle sentenze... scopriamo che spesso essa è ricostruibile come un argomento logico-deduttivo che, tuttavia, si rivela in molti casi fallace, perché neppure riconducibile ad un ragionamento entimematico... Per questa ragione si afferma... che... la giustificazione esterna avrebbe carattere... retorico”.

terni, nel caso in cui la scelta dell'interprete cada su un criterio interno.

L'ultima notazione ci conduce sul terreno dei punti *a)*, *b)*, *c)* che vale la pena riassumere.

Per quanto riguarda il punto *a)*, ossia quale rapporto intercorra tra clausola generale, standard valutativo e integrazione valutativa si è detto che la determinazione del significato delle clausole generali comporta la scelta tra criteri di giudizio concorrenti: grazie al criterio scelto diviene possibile specificare le condizioni di applicazione della clausola generale. L'integrazione valutativa si risolve nella scelta del criterio utile alla determinazione del significato della clausola generale. La clausola generale è, infatti, il termine o sintagma valutativo e perciò indeterminato; lo standard è il criterio di giudizio per mezzo del quale si determina il significato della clausola generale risolvendo l'indeterminatezza (62). Va da sé che un conto è scegliere uno standard, altro è determinarne i contenuti. Come si è visto l'applicazione delle clausole generali richiede almeno due passaggi giustificativi, uno riguardante la scelta dello standard, l'altro relativa alla determinazione dei suoi contenuti.

Per quel che concerne il punto *b)* è stato necessario compiere una revisione critica dell'impostazione dominante. Si è visto, infatti, che la dottrina (corroborata dalla teoria del diritto) ha sostenuto compatta la tesi del necessario rinvio delle clausole generali a criteri esterni, ma si è visto pure che tale impostazione soddisfa solo in parte. Infatti, le clausole generali sono caratterizzate da indeterminatezza, ovvero sono termini o sintagmi valutativi, ma da ciò non ne segue il necessario rinvio a criteri esterni al diritto per assegnare un significato alle clausole generali. La questione è, come si è visto, complessa e varia a se-

(62) Per un esempio dei problemi riguardanti questo aspetto e con riferimento alla nozione di diligenza v. E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, Giappichelli, 2007, cap. III.

conda del tipo di clausola generale. 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. Non è superfluo riprendere un esempio riguardante questa seconda ipotesi, vista la rilevanza da essa assunta nel saggio.

Il tema è già stato evocato nel primo capitolo e concerne una formulazione normativa, l’art. 2043 c.c., oggetto continuo di dispute dottrinali e giurisprudenziali (63). L’articolo rubricato

(63) Stante l’opulenta produzione letteraria e giurisprudenziale sull’argomento è preferibile evitare una messe di indicazioni, si ricordano soltanto le approfondite pagine di C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 97 ss., nelle quali si affronta proprio il rapporto tra art. 2043 c.c. e clausole generali; per la giurisprudenza Trib. Firenze, 14.1.2009, n. 59, banca dati *De Jure*, e Cass. civ., sez. un., 11.11.2008, n. 26972, *Giur. Merito*, 2009, 11, 2768, con nota di M. DI MARZIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento dopo le Sezioni unite*, nella quale si trova una sintesi dei vari modi in cui è stato inteso in giurisprudenza il sintagma “danno ingiusto”. Gli esempi fatti sino a qui, sono legati a temi, per così dire, tradizionali, ma non sarebbe per nulla disagevole misurare le tesi proposte in questo saggio con problematiche originiate dalla recente normativa comunitaria vertente sull’ambito contrattuale, sovente infarcita di clausole generali; per chi fosse intenzionato a farlo due ambiti sono quelli trattati nei saggi di F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, relazione tenuta al CSM il 23.1.2009, reperibile sul sito del Consiglio; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, *Contratto e impresa*, 1, 2009, 73 ss. Un terreno interessante da indagare riguardo alla interpretazione e alla applicazione delle clausole generali è quello della giurisprudenza disciplinare, specie perché le norme di deontologia sono ricche di termini valutativi. Per un caso interessante in materia di responsabilità del magistrato v. Cass. civ. sez. un., 24.6.2009, n. 14799, in banca dati Giuffrè *de jure*, ove si dice che l’art. 18 del

“Risarcimento per fatto illecito”, così dispone: “Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. Or bene, a quali condizioni un danno può dirsi ingiusto? La formulazione dell’articolo lascia aperta la questione, non indica se il criterio dell’ingiustizia di un danno sia da rintracciare in norme dell’ordinamento giuridico oppure altrove. La risposta all’interrogativo può venire solo dopo che si è deciso di interpretare la clausola generale “danno ingiusto” sulla base di uno standard, di un criterio (interno o esterno che sia) selezionato tra quelli in competizione (64).

R.D.Lgs 31.5.1946, n. 511 “...non contiene un catalogo di ipotesi di illecito tipiche e tassative, bensì clausole generali, perché attribuisce al giudice di merito il compito di individuare le condotte sanzionabili”.

(64) Questo aspetto è stato ben colto da C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 320: “...per accertare l’esistenza di un simile rinvio... è indispensabile una delicata e paziente opera interpretativa. Molte volte, infatti, una norma in bianco non è completabile mediante regole sociali, bensì mediante altre norme giuridiche o facendo ricorso a principi generali e quindi, in quei casi, la norma in bianco non contiene concetti vaghi socialmente tipici. Capita poi di frequente che alcuni termini, quali per esempio ‘buona fede’ o ‘ordine pubblico’, siano interpretabili come espressioni concetti vaghi socialmente tipici soltanto in certe accezioni e non in altre”. Le parole di Luzzati sono da condividere, ma mettono in rilievo, ancora una volta, l’inadeguatezza della nozione di “vaghezza socialmente tipica”. Tale nozione non riesce a spiegare la semantica delle clausole generali, poiché se la vaghezza socialmente tipica entra in campo solo dopo che il termine valutativo è stato interpretato non è in grado dirci nulla riguardo al modo in cui la clausola generale viene interpretata e al perché si sia scelto un criterio interno piuttosto che un criterio esterno e da dove provenga la possibilità di scelta offerta all’interprete. Insomma, la vaghezza socialmente tipica è riferibile al concetto valutativo, ma non dice nulla con riferimento al passaggio dal termine valutativo al concetto: ma è proprio questo uno degli aspetti più significativi per lo studio delle clausole generali. Forse non è casuale che Luzzati menzioni, nella citazione riportata poco sopra, “buona fede” e “ordine pubblico” come sintagmi talvolta esprimenti concetti vaghi socialmente tipici e talaltra no, poiché si tratta di formule che di per sé non orientano l’interprete verso alcun tipo di standard. Ne consegue che l’interprete può scegliere (giustificando adeguatamente la

Riguardo al punto *c*), ossia l'elasticità delle clausole generali, si è detto che essa riposa sulla variabilità dei contenuti dei criteri di giudizio. Solitamente i giuristi usano col medesimo significato le parole elasticità e mutevolezza. Ad ogni buon conto sostenere che le clausole generali sono elastiche o mutevoli non significa sostenere che l'interpretazione degli enunciati normativi privi di clausole generali non lo sia. Si è già messo in luce che il significato delle parole può variare nel tempo, per cui siamo in presenza di differenti forme di elasticità e mutevolezza dipendenti dalle diverse considerazioni che presiedono alla determinazione del significato delle clausole generali rispetto alla determinazione del significato degli enunciati normativi che sono privi di clausole generali. D'altronde, una volta accettato che per alcune clausole generali il rinvio può essere inteso a norme del sistema giuridico, una parte dell'elasticità della clausola generale dipende proprio dalla elasticità del significato degli enunciati normativi cui la clausola generale rinvia. Su questo punto si è raggiunta la conclusione che le clausole generali sono elastiche in una duplice maniera: *a*) in quanto sono indeterminate (nel senso più volte precisato); *b*) in quanto il criterio di giudizio varia o può variare di contenuto nel tempo.

Questa è la sintesi degli esiti più rilevanti del lavoro.

Nella premessa del libro, infatti, si è manifestato il proposito principale di stabilire se la semantica delle clausole generali imponga talune conseguenze, richiamate prevalentemente e con costanza dalla letteratura civilistica, riguardo all'interpretazione e all'applicazione delle clausole generali medesime. La risposta data è piuttosto articolata e mutevole a seconda della questione esaminata (integrazione valutativa, rapporti tra clausole generali e principi del diritto etc.). Tuttavia, si può dire che nel com-

sua opzione) tra criteri interni o esterni e di ciò la vaghezza socialmente tipica non riesce a dar conto.

plesso una parte cospicua delle tesi sostenute in letteratura deve essere emendata, talvolta in maniera contenuta, talaltra in maniera significativa.

La speranza dall'autore è che al lettore questo esercizio critico di teoria analitica sia apparso chiaro nel suo sviluppo, saldo nell'impianto metodologico e almeno parzialmente convincente. L'auspicio è che sia il giurista, sia il teorico del diritto siano stati stimolati dalla lettura. L'auspicio si fonda sul fatto che le riflessioni compiute altro non sono che un omaggio alla tesi ben espressa dalle seguenti parole: "L'accostarsi da filosofo a un oggetto di conoscenza e di interpretazione, a una sfera di attività, a dei prodotti culturali, non è qualcosa che si aggiunge alla conoscenza e all'interpretazione, o all'attività di produzione di cultura; non è qualche cosa di accessorio e inessenziale: un di più che serva a distinguere l'élite che riflette dalla massa che opera. Un giurista privo di consapevolezza critica (che null'altro, in definitiva, produce la filosofia) non è «solo un giurista»: è semplicemente un cattivo giurista; mentre un filosofo del diritto che non studi il diritto non è un «mero filosofo del diritto»: semplicemente non è un filosofo del diritto. La filosofia è *dentro* e non *accanto* al conoscere e all'operare del giurista" (65).

(65) L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo* (1991), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICHIOTTI e V. VELLUZZI, Torino, Giappichelli, 2008, 28.

Giuffrè, Editore

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, t. I, Napoli, Esi, 2007.
- ALCHOURRÓN C. e BULYGIN E., *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico* (1989), C. ALCHOURRÓN e E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 303-328.
- ALCHOURRÓN C. e BULYGIN E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALLARA M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, quarta ed., Torino, Giappichelli, 1958.
- ALPA G., *Istituzioni di diritto privato*, Torino, Utet, 2001.
- ALPA G. e BESSONE M., *Elementi di diritto privato*, Bari-Roma, Laterza, 2001.
- ALPA G. e GAGGERO P., *Profili istituzionali del diritto privato*, Padova, Cedam, 2006.
- ALPA G., GUARNERI A., MONATERI P.G., PASCUZZI G., SACCO R., *Trattato di dir. civ. Diretto da SACCO, Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, Utet, 1999.
- ALSTON W.P., *Filosofia del linguaggio* (1964), trad. it. Bologna, Il Mulino, 1971.
- ASTONE F., *Venire contra factum proprium*, Napoli, Jovene, 2006.
- ATIENZA M. e RUIZ MANERO J.R., *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere* (2000), trad. it. Bologna, Il Mulino, 2004.
- ÁVILA H., *Theory of Legal Principles*, Dordrecht, Springer, 2007.
- BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2003.
- BARCELONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2006.
- BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme, Politica del diritto*, 1988, 631-653.
- BELVEDERE A., *Linguaggio giuridico*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2000.
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, seconda ed. riveduta a cura di G. Crifò, 1971.
- BIANCA C.M. e PATTI S., *Lessico di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2002.

- BIANCHI C., *La dipendenza contestuale. Per una teoria pragmatica del significato*, Napoli, Esi, 2001.
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U., *Diritto civile*, I, t. 1, Torino, Utet, 1987.
- BLACK M., *Vagueness. An Exercise in Logical Analysis, Philosophy of Science*, 4, 1937, 427-455.
- BOWERS F., *Linguistics Aspects of Legislative Expression*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1989.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965.
- CABELLA PISU L. e NANNI L. (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, Padova, Cedam, 1998.
- CALCATERRA L., *Sindacato di legittimità e norme elastiche in materia di lavoro*, in *Giust. civ.*, 2000, 7-8, 315-321.
- CAMARDI C., *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2007.
- CANALE D., *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Padova, Cedam, 2003.
- CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, Giappichelli, 2007.
- CARCATERRA G., *Metodologia giuridica*, in *Corso di studi superiori legislativi 1998-1989*, Padova, Cedam, 1990.
- CARCATERRA G., *Dal giurista al filosofo. Livelli e modi della giustificazione*, Torino, Giappichelli, 2007.
- CARRARA M. e MORATO V., *Una guida ad alcuni temi fondamentali di logica filosofica*, SWIF - Servizio Web Italiano per la Filosofia, (www.swift.it), 2006, 75-97.
- CARTER I. and RICCIARDI M. (eds.), *Freedom, Power and Political Morality*, London, Macmillan, 2001.
- CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 21-30.
- CASTRONOVO C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979.
- CELANO B., *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, S. POZZOLO (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, 89-123.
- CHECCHINI A. ed AMADIO E., *Lezioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2005.
- CHIASSONI P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2005.
- COING H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & C., Berlin, 1950.

- COMANDUCCI P., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998.
- COMANDUCCI P., *Su Taruffo*, P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, Giappichelli, 1989, 350-353.
- COMANDUCCI P. e GUASTINI R. (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, Giappichelli, 1989.
- CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1970.
- D'AMICO G., *Clausole generali e ragionevolezza*, AA.VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, t. I, Napoli, Esi, 2007, 429-467.
- D'AMICO G., *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, Giuffrè, 1992.
- D'AMICO G., *Note in tema di clausole generali*, *In Iure Praesentia*, 1989, 426-461.
- DAWSON J.P., *The general clauses, viewed from a distance*, *Rabels Zeitschrift*, 1977, 441 ss.
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, I, Torino, Giappichelli, 2004.
- DI MAJO A., *Delle Obbligazioni in generale*, *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1988.
- DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539-571.
- DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999.
- DICIOTTI E., *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, Giappichelli, 1999.
- EDGINGTON D., *The Philosophical Problem of Vagueness*, *Legal Theory*, 7, 2001, 371-378.
- ENDICOTT T.A.O., *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1970.
- ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), trad. it., Napoli, Esi, 1983.
- EVANS J., *Statutory Interpretation. Problems of Communication*, Oxford, Oxford University Press, 1988.
- FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della cassazione*, Torino, Utet, 2003.
- FABIANI E., *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, "standards valutativi" e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, I, 1999, c. 3558-3569.
- FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, 1-20.
- FALZEA A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, t. I, Milano, Giuffrè, 1999.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale*, Bari-Roma, Laterza, 1989.

- FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1921.
- FERRERES V., *El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 2002.
- FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti d'integrazione del contratto, Contratto e impresa*, 1998, 95 ss.
- GALLIE W.B., *Essentially Contested Concepts, Proceedings of Aristotelian Society*, n. 56, 1955-56, 167-198.
- GALLO P., *Diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2002.
- GARCÍA SALGADO M.J., *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*, *Anuario de Filosofía del derecho*, t. XX, 2003, 105-129.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 2004.
- GRAFF D., WILLIAMSON T. (eds.), *Vagueness*, Aldershot, Ashgate, 2002.
- GUARNERI A., *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, Utet, 1988, pp. 403-413.
- GUARNERI A., *Le clausole generali*, G. ALPA, A. GUARNERI, P.G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO, *Trattato di dir. civ. Diretto da SACCO, Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, Utet, 1999, 132-154.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993.
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.
- GUASTINI R., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2001.
- GUASTINI R., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2009.
- HARE R.M., *Il linguaggio della morale* (1952), trad. it. Roma, Ubaldini, 1968.
- HARE R.M., *Scegliere un'etica* (1997), trad. it. Bologna, Il Mulino, 2006.
- HARE R.M., *Liberità e ragione* (1963), trad. it. Milano, Il Saggiatore, 1990.
- HART H.L.A., *Il concetto di diritto* (1961), trad. it. Torino, Einaudi, 1965.
- HECK Ph., *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1914.
- HEDEMANN J.W., *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1933.
- IRTI N., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1984.
- IRTI N., *Rilevanza giuridica* (1967), Id., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1984.
- IUDICA G. e ZATTI P., *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, Cedam, 2000.
- JORI M., *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, Giuffrè, 1987.
- JORI M. e PINTORE A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995.
- KAUFMANN A., *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo* (1965), trad. it. Napoli, Vivarium, 2003.
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. Torino, Einaudi, 1952.

- KEMPSON R.M., *La semantica* (1977), trad. it. Bologna, Il Mulino, 1977.
- KRAMER M., *Objectivity and the Rule of Law*, New York, Cambridge (Mass.) University Press, 2007.
- LANTELLA L., STOLFI E., DEGANELLO M., *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, Torino, Giappichelli, 2004.
- LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1966) trad. cast. *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, *Contratto e impresa*, 1, 2009, 73 ss.
- LIFANTE VIDAL I., *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, *Doxa*, 25, 2002, 413-439.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, *Ars Interpretandi*, *Annuario di ermeneutica giuridica*, 3, 1998, 155-163.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983.
- LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990.
- LUZZATI C., *Ricominciando dal sorite*, in M. MANZIN e P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense*, Milano, Giuffrè, 2006, 29-59.
- LUZZATI C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999.
- LUZZATI C., *1984 ovvero l'indifferenza dei principi*, in *Rassegna Forense*, 2/2006, 939-951.
- LUZZATI C., *Le metafore della vaghezza*, in *Analisi e diritto 1999*, a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, Torino, Giappichelli, 2000, 117-130.
- MACARIO F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, relazione tenuta al CSM il 23.1.2009, reperibile sul sito del Consiglio.
- MANIACI G., *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, Giappichelli, 2008.
- MANIACI G. (a cura di) *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 2006.
- MANZIN M. e SOMMAGGIO P. (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense*, Milano, Giuffrè, 2006.
- MARCHETTI S., *Uscire dal vago: analisi linguistica della vaghezza nel linguaggio*, Bari-Roma, Laterza, 2006.
- MARINUCCI G. e DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, I, Milano, Giuffrè, 2001.
- MARINUCCI G. e DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003.
- MAZZARESE T., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli, 1996.
- MENGGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 5-19.

- MERUZZI G., *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2005.
- MORESO I MATEOS J.J., *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2005.
- MORESO J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de estudios político y constitucionales, 1997.
- MUFFATO N., *La semantica delle norme. Il neustico da Hare a Tarello*, Genova, Ecig, 2007.
- MÜLLER F., *Juristische Methodik*, 5 Auflage, Berlin, Bunker & Humboldt, 1993.
- NATOLI U., *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di cassazione*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, Giuffrè, 1982, 343 ss.
- NAVARRO P.E., *La aplicación neutral de conceptos valorativos*, *Análisis e diritto* 2007, a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, Torino, Giappichelli, 2008, 39-55.
- NIVARRA L., *Ragionevolezza e diritto privato*, *Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, 373-386.
- OLIVARI A., *Termini axiologici in Karl Engisch, Uberto Scarpelli e Georg Henrik von Wright*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2008, 97-111.
- ORRÙ G., *Richterrecht*, Milano, Giuffrè, 1983.
- PALAZZO F.C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979.
- PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006.
- PANUCCIO V., *Applicazioni giurisprudenziali degli standards valutativi*, *Giust. Civ.*, 2000, 2, 85-94.
- PASSERINI GLAZEL L., *La forza normativa del tipo. Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*, Macerata, Quodlibet, 2005.
- PEDRINI F., *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, *Forum di Quaderni costituzionali*, on line il 19 novembre 2009, 1-32.
- PERLINGIERI P. e altri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, Esi, 2002.
- PERLINGIERI P. e FEMIA P., *Principi e clausole generali*, P. PERLINGIERI e altri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, Esi, 2002.
- PINO G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di) *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 2006, 115-175.
- PINO G., *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2008.
- PINTORE A., *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- PIZZORUSSO A., *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, *Politica del diritto*, 1988, 655-681.
- POST R.C., *Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders*, in *California Law Review*, 1994, 490-507.
- POUND R., *Introduzione alla filosofia del diritto* (1922), trad. it. Firenze, Sansoni, 1963.

- POZZOLO S., a cura di, *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002.
- RATTI G.B., *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008.
- RESCIGNO P., *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1-8.
- RICCIARDI M., *Essential Contestability and the Claims of Analysis*, I. CARTER and M. RICCIARDI (eds.), *Freedom, Power and Political Morality*, London, Macmillan, 2001, 39-56.
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, 709-733.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, rist. inalterata 2004.
- ROPO E., *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, Monduzzi, 2001.
- ROSELLI F., *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Politica del diritto*, 1988, 667-681.
- ROSELLI F., *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, Jovene, 1983.
- ROSS A., *Direttive e norme* (1968), trad. it. Milano, Comunità, 1978.
- ROSSETTI A., *Standard e tipo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1997, 653-658.
- RUSSELL B., *Vagueness*, *Australian Journal of Philosophy*, 1, 1923, 84-92.
- SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), rist. inalterata, Milano, Giuffrè, 1985.
- SCARPELLI U., *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, Nuvoletti, 1955.
- SCARPELLI U., *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, Comunità, 1962.
- SCARPELLI U., *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982.
- SCARPELLI U., *Semantica, morale, diritto*, Torino, Giappichelli, 1969.
- SCHAUER F., *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2009.
- SCHIAVELLO A., a cura di, *Diritto e interpretazione: prospettive, analisi e problemi, Etica & Politica*, vol. VII, No 1, 2006, (www.units.it/etica/2006_1).
- STANZIONE P., *Manuale di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2006.
- STRACHE K.H., *Pensare per standards. Contributo alla tipologia* (1968), trad. it. Napoli, Esi, 1995.
- TARUFFO M., *Note su "il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali" di Federico Roselli*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1984, 328-333.
- TARUFFO M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, Giappichelli, 1989, 311-344.
- TARUFFO M., *Prefazione a E. FABIANI, Clausole generali e sindacato della cassazione*, Torino, Utet, 2003.
- TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, ES, 2007.
- TAYLOR J.R., *La categorizzazione linguistica*, (1955), trad. it. Macerata, Quodlibet, 1999.

- TEUBNER G., *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt a M., Athenaeum, 1971.
- TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1999.
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2002.
- TROIANO S., *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 2005.
- TROISI B., *Diritto civile. Lezioni*, quarta ed., Napoli, Esi, 2004.
- TULLINI P., *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, Maggioli, 1990.
- TUZET G., *Pragmatica dell'indeterminato*, *Annali dell'Università di Ferrara*, sez. V, 2006, 159-190.
- TUZET G., *L'abduzione dei principi*, *Ragion pratica*, 33, 2009, 517-539.
- ULMANN S., *La semantica. Introduzione alla scienza del significato* (1962), trad. it. Bologna, Il Mulino, 1966.
- VELLUZZI V., *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, *Etica & Politica*, vol. VII, No 1, 2006, 1-19 (www.units.it/etica/2006_1/VELLUZZI.htm).
- VELLUZZI V., *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, *Criminalia* 2008. *Annuario di scienze penali*, Pisa, Ets, 2009, 493-507.
- VELLUZZI V., *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002.
- VILLA V., *Il positivismo giuridico. Teorie, metodi, giudizi di valore*, Torino, Giappichelli 2004.
- VISINTINI G., *Nozioni giuridiche fondamentali. Diritto privato*, Bologna, Zanichelli, 2005.
- WALDRON J., *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, *California Law Review*, vol. 82, 1994, 529-539.
- WILLIAMS G., *Language and the Law*, in *Law Quarterly Review*, n. 61, 1945, 71-86, 179-195, 293-303, 384-406, e n. 62, 1945, 387-406.
- WRÓBLEWSKI J., *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, Giappichelli, 1987, 277-297.
- ZATTI P., *Manuale di diritto civile*, Padova, Cedam, 2005.
- ZEI A., *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 2008.

GIURISPRUDENZA CITATA

di merito:

App. Milano, 18.9.1987, *Foro pad.*, 1988, I, 20.

Trib. Salerno 18.3.2008, n. 768, *Guida al diritto*, fasc. 20, 59.

Trib. Firenze, 14.1.2009, n. 59, banca dati Giuffrè *de Jure*.

di legittimità:

Cass. civ. sez. un., 17.1.1991, n. 401, *Foro it.*, 1992, I, 2243.

Cass. civ., 13.4.1999, n. 3645, *Foro it.*, I, 2003, 3556, con nota di E. FABIANI
Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, "standards" valutativi e principi generali dell'ordinamento.

Cass. civ., 22.4.2000, n. 5299, *Foro it.*, I, 2003, 1847.

Cass. civ., 8.5.2000, n. 5822, *Foro it.*, I, 2003, 1846.

Cass. civ., 19.6.2000, n. 8313, *Riv. it. dir. lav.*, II, 2001, 112, con nota di
M.L. VALLAURI.

Cass. civ., 3.8.2001, n. 10750, *Foro it.*, I, 2003, 1845.

Cass. civ., 15.11.2001, n. 14229, *Foro it.*, I, 2003, 1845.

Cass. civ., 26.7.2002, n. 11109, *Mass giust. civ.*, 2002, 1376.

Cass. civ., sez. II, 4.3.2003, n. 3185, *Giur. It.*, I, 2003, 958-962, con nota di E.
GARDA.

Cass. civ., 19.3.2008, n. 7388, banca dati Giuffrè *de jure*.

Cass., Sez. un., 11.11.2008, n. 26972, in *Giur. Merito*, 2009, 11, 2768, con
nota di M. DI MARZIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento dopo
le Sezioni unite.*

Cass. civ. sez. un., 24.6.2009, n. 14799, in banca dati Giuffrè *de jure*.

Cass., Sez. un., 26.6.2009, n. 15029, *www.altalex.com*

Cass. civ. 18.9.2009, n. 20106, in *www.personaedanno.it* con commento di M.
CONZUTTI.

contabile:

Corte dei Conti sez. riun., 9.4.1990, n. 659, in *Riv. corte conti*, 1990, 4, 25.

costituzionale:

Corte Cost. 13.1.2004, n. 5, in *D&G*, 2004, fasc. 5, 34, con nota di A. NATALINI.

Giuffrè, Editore

INDICE DEI NOMI

- ALCHOURRÓN C., 68
ALLARA M., 13
ALPA G., 1, 9
ALSTON W.P., 31, 32
AMADIO E., 8
ASTONE F., 39
ATIENZA M., 59
ÁVILA H., 75
- BARBERIS M., 6, 32
BARCELONA M., 3
BELVEDERE A., 3, 22, 23, 27, 32, 39,
57, 79
BESSONE M., 9
BETTI E., 13, 72
BIANCA C.M., 8
BIANCHI C., 32
BIGLIAZZI GERI L., 10
BLACK M., 32
BOWERS F., 6
BRECCIA U., 10
BRICOLA F., 5
BUECKLING A., 6
BULYGIN E., 68
BUSNELLI F.D., 10
- CABELLA PISU L., 5
CALCATERRA L.,
CAMARDI C., 8
CANALE D., 41
CARBONE E., 91
CARCATERRA G., 33, 43
CARRARA M., 31
- CARTER I., 62
CASTRONOVO C., 3, 14, 15, 27, 53, 92
CELANO B., 80
CHECCINI A., 8
CHIASSONI P., 41
CIVITARESE MATTEUCCI S., 5
COING H., 18
COMANDUCCI P., 3, 27, 30, 68, 85, 90
CONZUTTI M., 67
CORRADINI D., 66
- D'AMICO G., 2, 3, 6, 19, 51, 56
DAWSON J.P., 2
DE VERO G.,
DEGANELLO M., 48
DI MAJO A., XIV, XVI, 2, 3, 12, 15
DI MARZO M., 92
DICIOTTI E., 30, 31, 32, 41, 59, 72,
95
DOLCINI E., 5
- EDGINGTON D., 31
ENDICOTT T.A.O., 30
ENGISCH K., XIV, XV, 2, 17, 18, 20,
47, 50, 52
ESSER J., 72, 84
EVANS J., 30, 31
- FABIANI E., 3, 5, 18, 24
FALZEA A., 3, 21, 55, 81
FEMIA P., 7
FERRAJOLI L., 5
FERRARA F., 13

- FERRERES V., 5
FRANZONI M., 18
- GAGGERO P., 9
GALLIE W.B., 62
GALLO P., 8
GARCÍA SALGADO M.J., 2
GAZZONI F., 8
GIANFORMAGGIO L., 95
GRAFF D., 29
GUARNERI A., xvi, 1
GUASTINI R., 3, 29, 30, 33, 41, 68,
77, 82, 85
- HARE R.M., 61, 69
HART H.L.A., 41
HECK PH., xvi, 12
HEDEMANN J.W., xviii, 6
- IRTI N., 3
IUDICA G., 9
- JORI M., 11, 82
- KAUFMANN A., 9
KELSEN H., 16
KEMPSON R.M., 30, 33
KRAMER M., 35
- LANTELLA L., 48
LARENZ K., 52
LIBERTINI M., 92
LIFANTE VIDAL I., 66
LOMBARDI VALLAURI L., 33
LUCIANI M., 5
LUZZATI C., 2, 30, 31, 36, 46, 69, 70,
80, 93, 93
- MACARIO F., 92
MANIACI G., 44, 67, 83, 90
MANZIN M., 30
MARCHETTI S., 30
MARINUCCI G., 5
- MAZZARESE T., 83
MENGONI L., 3, 13, 20, 79
MERUZZI G., 9
MONATERI P.G., 1
MORATO V., 31
MORESO I MATEOS J.J., 33
MORESO J.J., 30
MUFFATO N., 61
MÜLLER F., 14
- NANNI L., 5
NATOLI U., 2, 10
NAVARRO P.E., 68
NIVARRA L., 3, 14
- OLIVARI A., 52
ORRÙ G., 73
- PALAZZO F.C., 5, 70
PANUCCIO V., 4
PASCÚZZI G., 1
PASSERINI GLAZEL L., 47
PATTI S., 8
PEDRINI F., 5
PERLINGIERI P., 7
PINO G., 44, 67, 69, 70, 75, 77
PINTORE A., 62, 82
PIZZORUSSO A., 5, 39
POST R.C., 5
POUND R., 69
POZZOLO S., 70
- RATTI G.B., 76
RESCIGNO P., 3, 12, 13
RICCIARDI M., 62
RODOTÀ S., xiv, xviii, 3, 15, 16, 17,
18, 53, 81
ROPPA E., 10
ROSELLI F., xiv, 1, 13, 24
ROSS A., 61
ROSSETTI A., 47
RUIZ MANERO J.R., 59
RUSSELL B., 32

- SACCO R., 1
SCARPELLI U., 18, 23, 43, 58, 61, 86
SCHAUER F., 2
SCHIAVELLO A., 41
SCHLESINGER P., 10
SOMMAGGIO P., 30
STANZIONE P., 10, 39
STOLFI E., 48
STRACHE K.H., 47
- TARUFFO M., 1, 3, 4, 21, 64, 73, 74,
83, 84, 88
TAYLOR J.R., 30
TEUBNER G., 14
TORRENTE A., 10
TRABUCCHI A., 9
TRIMARCHI P., 8
TROIANO S., 9
TROIISI B., 9
TULLINI P., 4
- TUZET G., 30, 76
- ULMANN S., 30
- VALLAURI M.L., 25
VELLUZZI V., x, 41, 47, 75, 95
VILLA V., 41
VISINTINI G., 9
- WALDRON J., 62
WENDT O., xv
WILLIAMS G., 30
WILLIAMSON T., 29
WRÓBLEWSKI J., 85
WURZEL K.G., xv
- ZATTI P., 9
ZEI A., 9
ZITELMANN E., xvi