

NUMERO 4 - 2015

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA  
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



**ESTRATTO:**

ENRICO SCODITTI

Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e *stare decisis*



GIUFFRÈ EDITORE

# Indice

---

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i> . . . . .	664
<b>ANTONINO CATAUDELLA</b>	
<i>Il giudice e le nullità</i> . . . . .	667
<b>ENRICO SCODITTI</b>	
<i>Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis</i> . . . . .	685
<b>FILIPPO PATRONI GRIFFI</b>	
<i>Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura</i> . . . . .	723
<b>FEDERICO ROSELLI</b>	
<i>Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?</i> . . . . .	743
<b>PAOLO SORDI</b>	
<i>Contratto di lavoro a tutele crescenti: la distribuzione degli oneri probatori nelle cause di impugnazione del licenziamento disciplinare</i> . . . . .	763
<b>FABRIZIO GUERRERA</b>	
<i>Autonomia statutaria e tipologia delle società in house</i> . . . . .	775
<b>STEFANIA PACCHI</b>	
<i>L'abuso del diritto nel concordato preventivo</i> . . . . .	789
<b>BRUNO INZITARI</b>	
<i>Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei</i> . . . . .	817
<b>FABRIZIO MARINELLI</b>	
<i>Il diritto e la vita. Le "spirituali conversazioni" tra Giuseppe Capograssi e Salvatore Satta</i> . . . . .	833
<b>UGO SALANITRO</b>	
<i>Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita</i> . . . . .	853
<b>MASSIMO BASILE</b>	
<i>Un nuovo contratto per il mercato immobiliare?</i> . . . . .	875
<b>ANTONIO SCARPA</b>	
<i>Il voto del condomino in conflitto di interessi</i> . . . . .	913

## Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e *stare decisis*

---

La clausola generale costituisce un ideale di norma mediante cui identificare la norma concreta di diritto. A quest'ultima vanno ricondotti i casi che presentano comuni elementi di fatto. La norma individuale non è posta, ma è solo accertata dal giudice, perché essa disciplina la condotta dei consociati prima dell'accertamento giudiziario. In materia di clausole generali viene meno la tradizionale distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto perché il fatto costituisce l'elemento materiale della norma concreta di diritto. Dato che la norma individuale si manifesta solo con la sentenza, il precedente giudiziario ha efficacia vincolante.

*The general clause is an ideal of rule that acts to identify the concrete provision of law. Cases that present similar facts must be traced back to the concrete provision. The individual provision is not established by the judge, but is only ascertained by him, because the provision regulates the conduct of community members before judicial ascertainment. With regard to general clauses, the traditional distinction between factual judgment and judgment of law disappears because "fact" makes up the material element of the concrete provision of law. Given that individual rule comes about only with a judge's decision, judicial precedent is binding.*

Sommario: 1. Il *mainstream* sulle clausole generali. – 2. Le clausole generali come ideali di norma. – 3. Norma concreta di diritto e fattispecie. – 4. Chi è il destinatario delle clausole generali? – 5. Riconoscimento e non posizione di norme senza disposizione. – 6. Quale sindacato di legittimità. – 7. Lo *stare decisis* nel *civil law*.

### 1. - Il *mainstream* sulle clausole generali.

Quando si fa riferimento alla violazione di “norme di diritto”, a proposito del motivo di ricorso per cassazione previsto dall’art. 360, n. 3, c.p.c., si suole non restare vincolati all’ambito della legge e si richiama l’intero spettro di norme che appartiene alla gerarchia delle fonti. Per quanto tuttavia diversificate, si ritiene che le norme di diritto abbiano in comune il tratto della generalità ed astrattezza. Muovendo da questa caratteristica del precetto normativo si comprende la lunga e faticosa evoluzione della giurisprudenza a proposito delle clausole generali. Al cospetto della norma che contempla in modo astratto e generale una classe di azioni, la clausola generale appare vaga ed indeterminata. L’applicazione della clausola generale era pertanto, secondo il vecchio indirizzo, da assimilare al giudizio di fatto ed il sindacato di legittimità era originariamente inteso come controllo del vizio motivazionale ai sensi dell’art. 360, n. 5. Il nuovo orientamento, a partire dalla fine del secolo scorso, è nel senso del controllo di legittimità al pari di ogni altro giudizio fondato su norme giuridiche, «atteso che, nell’esprimere il giudizio di valore necessario ad integrare il parametro generale contenuto nella norma elastica, il giudice compie un’attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma, dando concretezza a quella parte mobile della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico – sociale ovvero a determinate situazioni non esattamente ed efficacemente specificabili a priori»<sup>1</sup>. Al giudice di legittimità spetta quindi il sindacato sul giudizio di valore espresso dal giudice di merito. Tale giudizio di valore deve essere conforme, per quanto concerne ad esempio le norme elastiche

---

<sup>1</sup> Cass. 22 febbraio 2012, n. 2572, *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Spese giudiziali civili*, n. 41; così anche Cass. 8 agosto 2011, n. 17093, *id.*, 2011, I, col. 2980 e Cass. 6 aprile 2006, n. 8017, *id.*, Rep. 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1366. Per una visione d’insieme sugli orientamenti della giurisprudenza in materia di clausole generali, E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, Torino, 2003, e *Id.*, voce *Clausole generali*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 183 ss.

nella materia del diritto del lavoro, ai principi propri dell'ordinamento lavoristico così come compendiatosi dai principi espressi dalla giurisdizione di legittimità e dagli *standards* valutativi del contesto storico-sociale, i quali devono restare coerenti al diritto vivente del lavoro, come si legge negli arresti giurisprudenziali <sup>2</sup>.

Il modello di sindacato di legittimità relativo alle c.d. norme elastiche resta così pur sempre parametrato sul modello della norma generale e astratta. «È solo l'integrazione giurisprudenziale a livello generale ed astratto della nozione di giusta causa che si colloca sul piano normativo e consente una violazione di legge; mentre l'applicazione in concreto del più specifico canone integrativo, così ricostruito, rientra nella valutazione di fatto, devoluta al giudice di merito, e non è censurabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione insufficiente o contraddittoria» <sup>3</sup>. È stato osservato che la nuova posizione assunta dalla Corte di cassazione, sia pure per ragioni opposte a quelle del precedente orientamento che riconduceva il giudizio applicativo di norme elastiche all'area del giudizio di fatto, rischia di occultare la specificità dell'applicazione delle clausole generali, che viene adesso appiattita sull'interpretazione della norma a fattispecie <sup>4</sup>, una specificità che Carl Schmitt salutò come «nuovo modo di pensare giuridico» <sup>5</sup>. Torneremo più avanti sulle caratteristiche del giudizio di legittimità avente ad oggetto l'applicazione delle clausole generali. Quello che importa ora sottolineare è che il livello di generalità ed astrattezza del giudizio di diritto è in relazione con il comune sentire a proposito di clausole generali.

Si deve ad Engisch la prima definizione della clausola generale come norma bisognosa di una integrazione valutativa <sup>6</sup>, integrazione che il giurista tedesco affidava alle concezioni etiche dalle quali doveva farsi guidare

---

<sup>2</sup> Cass. 18 gennaio 1998, n. 434 e 22 ottobre 1998, n. 10514, *Foro it.*, 1999, I, col. 1891, con note di E. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento* e M. DE CRISTOFARO, *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei "concetti giuridici indeterminati" e decisione immediata della causa nel merito*; Cass. 13 aprile 1999, n. 3645, *ibidem*, col. 3558, con nota di E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, "standards" valutativi e principi generali dell'ordinamento*.

<sup>3</sup> Cass. 15 aprile 2005, n. 7838, *id.*, Rep. 2005, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1369.

<sup>4</sup> G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, 1711.

<sup>5</sup> C. SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica*, Torino, 1993, 66.

<sup>6</sup> K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, 199.

il giudice. La letteratura su queste valvole di apertura o organi di respirazione dell'ordinamento, per riprendere alcune delle descrizioni delle clausole generali, è ormai sterminata e ruota intorno ad un elemento comune, il meccanismo di rinvio ad un criterio esterno rispetto alla norma elastica. L'indeterminatezza o vaghezza della norma dipenderebbe proprio dal rinvio (vaghezza da rinvio)<sup>7</sup>. Secondo l'avviso prevalente il rinvio è a criteri extra-giuridici, anche se non mancano posizioni che prefigurano l'integrazione dell'indeterminatezza anche mediante criteri giuridici<sup>8</sup>. Il rinvio al criterio esterno di integrazione della norma elastica è ad una sfera che mantiene un relativo grado di generalità ed astrattezza. Si tratta infatti di regolarità o tipi ideali di comportamento riferiti a circostanze determinate, che vengono desunti dall'ambiente esterno al diritto e hanno un'origine etico-sociale. L'inerenza al *mainstream* dell'orientamento giurisprudenziale non riguarda solo il lato del giudizio di diritto come giudizio pur sempre informato ad un parametro generale ed astratto. Essa riguarda anche il versante della stessa attività di integrazione normativa.

L'integrazione giudiziale (mediante giudizi di valore) della parte mobile della norma elastica, per tornare al linguaggio della giurisprudenza, richiama l'esercizio di un potere discrezionale. Che l'applicazione della clausola generale implichi esercizio di discrezionalità è un dato condiviso in letteratura. Le posizioni si distinguono in ordine al grado della discrezionalità. Secondo buona parte della dottrina si tratta solo di un tasso di discrezionalità maggiore rispetto a quello che ricorre nel caso della comune norma a fattispecie<sup>9</sup>. Come è stato precisato, «si tratta di una discrezionalità di fatto, non di una discrezionalità produttiva o integrativa di norme»<sup>10</sup>. Vi sono tuttavia orientamenti che ravvisano qui la ricorrenza

---

<sup>7</sup> C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 302 ss.

<sup>8</sup> A titolo esemplificativo sull'integrazione delle norme elastiche mediante la ricezione di modelli meta-giuridici A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 371 ss.; nel senso invece del rinvio anche a criteri giuridici V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, *passim*.

<sup>9</sup> A. GUARNERI, *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 412; A. RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975, 204; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 21 ss.

<sup>10</sup> L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, cit., 9.

di un vero e proprio potere di formulazione della norma<sup>11</sup>. Indipendentemente dalla attribuzione della qualità di fonte del diritto al *dictum* giudiziale, può dirsi acquisito da parte della dottrina che l'applicazione della clausola generale avvenga mediante un «criterio di valutazione discrezionalmente elaborato dal giudice»<sup>12</sup>. Ricorre, a questo proposito, di frequente l'uso dell'espressione "delega" della qualificazione giuridica del fatto da parte del legislatore al giudice<sup>13</sup>.

L'elaborazione in materia di clausole generali può sommariamente essere riassunta nei termini seguenti: la norma elastica è applicata mediante il rinvio ad un criterio meta-giuridico, integrante tipi astratti e generali di comportamento in presenza di determinate circostanze, ad opera di un'attività di carattere discrezionale del giudice. Nelle pagine che seguono proporremo una rimediazione complessiva del fenomeno delle clausole generali.

## 2. - Le clausole generali come ideali di norma.

Il rinvio ad un criterio esterno alla clausola generale presuppone il carattere incompleto della norma che la prevede. Come ha scritto Luigi Mengoni, «le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme»<sup>14</sup>. Lo stesso Mengoni precisa che il rapporto fra clausola generale e c.d. norme sociali non è puramente recettizio. Non vi è un rinvio in senso tecnico, perché fra clausola generale e norma sociale resta la «distanza che separa l'essere dal dover essere»<sup>15</sup>. Le norme sociali restano tipi normali di comportamento desunti dalla realtà, ai quali il giudice attingerebbe in funzione di direttiva per completare la norma giuridica. L'incompletezza della norma ha bisogno però di essere meglio precisata. Se il giudice attinge alle norme sociali quali direttive necessarie per completare la norma giuridica, la norma di cui fare applicazione risulta dall'integrazione

---

<sup>11</sup> A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 632 ss. e 644; M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, 1989, 313 ss.

<sup>12</sup> L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 1975, 316.

<sup>13</sup> G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, 438; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 88.

<sup>14</sup> L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 10.

<sup>15</sup> L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 12.

di norma elastica (incompleta) e norma sociale di condotta e la dinamica del recepimento in senso tecnico non potrebbe essere negata. C'è poi da considerare, come chiarisce sempre Mengoni, che al giudice deve essere data la possibilità, avvalendosi della clausola di buona fede, di definire regole di comportamento più avanzate rispetto alle vedute correnti, pena la ricaduta del diritto in una funzione meramente conservativa dell'esistente e non di direttiva dell'assetto sociale<sup>16</sup>. Il completamento della norma elastica mediante il recepimento del criterio meta-giuridico entra in contraddizione con l'eccedenza deontica del diritto rispetto al modo di essere della realtà. L'incompletezza della norma non è quindi di tipo valutativo, tale che i contenuti valoriali mancanti debbano essere attinti dal sistema etico-sociale. Al fine di evitarne la contaminazione con la "materia" sociale, e preservarne «l'eccedenza di contenuto deontologico»<sup>17</sup>, si deve liberare la norma elastica da qualsiasi contenuto materiale. La buona fede, come qualsiasi clausola generale, è una pura forma.

Il carattere di norma incompleta della norma elastica va inteso non come incompletezza di contenuti valutativi ma quale connotazione puramente formale. Definire forma la clausola generale non vuol dire disattivarne la portata regolativa. È anzi l'emancipazione dai contenuti empirici che ne salvaguarda la carica regolativa per la particolare funzione che essa è destinata ad esercitare. Nella *Critica della ragion pura* Kant così definisce il principio regolativo: «un principio della maggiore possibile continuazione ed estensione della esperienza; un principio, per cui nessun limite empirico può valere come limite assoluto; quindi un principio della ragione, che, come regola, postula ciò che da noi deve farsi nel regresso, e non anticipa ciò che nell'oggetto è dato in sé innanzi a ogni regresso»<sup>18</sup>. La clausola generale non è regolazione del caso, perché altrimenti sarebbe limitata dall'empiricità di quest'ultimo, ma è la regolazione ideale, cui la regolazione di ciascun caso deve attenersi. Essa è in definitiva un ideale di norma, e lo è alla stessa stregua del trascendentale kantiano: «chiamo

---

<sup>16</sup> L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 13.

<sup>17</sup> E. BETTI, *Interpretazione delle legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, 316. Betti adopera l'espressione richiamata nel testo con riferimento al rapporto fra principi generali e singole norme dell'ordinamento.

<sup>18</sup> I. KANT, *Critica della ragion pura*, II, Roma-Bari, 1977, 413.



trascendentale ogni conoscenza che si occupa non di oggetti, ma del nostro modo di conoscenza degli oggetti, in quanto questa deve essere possibile *a priori*»<sup>19</sup>. La clausola generale non fissa il contenuto della regola giuridica, in via generale ed astratta, secondo la tecnica della norma a fattispecie, ma fissa il criterio di identificazione della regola giuridica relativa al caso concreto, ovvero il modo in cui la regola deve essere conosciuta, per riprendere la definizione di trascendentale in senso gno-seologico. Se fissasse direttamente il contenuto della regola giuridica, la sua applicazione implicherebbe l'operazione della sussunzione del caso concreto nella previsione astratta e generale. Non fissando il contenuto della regola giuridica, la clausola generale non può come tale trovare applicazione in funzione di regolazione del caso. La disposizione che contempla una clausola generale non enuncia quindi una norma in senso proprio, ma un ideale di norma cui attingere per l'identificazione di quella che lo stesso Mengoni chiama «norma individuale»<sup>20</sup>. La clausola generale è l'idea-limite che deve essere presunta ad ogni disciplina del caso concreto, è il principio di ragione postulato in ogni regolazione e che tuttavia non anticipa il contenuto della singola regolazione, per riprendere la definizione kantiana. Come scrive Esser, il quale definisce la clausola generale forma-limite, «al giudice viene tolta l'illusione di una fattispecie fissa e già preparata e gli viene palesato l'impegno comunque presente di “capire in modo giusto” la norma con un giudizio di valutazione conforme al dovere»<sup>21</sup>.

Quale ideale di norma la clausola generale deve restare immune dalle contaminazioni empiriche che possono derivare da criteri meta-giuridici. Bisogna guadagnare un punto di vista trascendentale. La questione è di diritto, e non di fatto. Se sul piano del fatto accade che l'interprete ricorra a concezioni etico-sociali, sul piano del diritto ciò che vige è l'ideale di regolazione. Le concezioni etico-sociali vanno giudicate in base alla coerenza al criterio giuridico rappresentato dall'ideale. I criteri meta-giuridici designano l'appartenenza dell'interprete a determinati contesti storico-

---

<sup>19</sup> I. KANT, *Critica della ragion pura*, cit., 58.

<sup>20</sup> L. MENGONI, *Gli acquisti “a non domino”*, cit., 316.

<sup>21</sup> J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983, 57.

sociali e condizionano il procedimento interpretativo di identificazione della norma, come ha insegnato l'ermeneutica novecentesca post-heideggeriana. Le "precomprensioni" interpretative attengono però non alla dimensione normativa della valutazione, ma a quella fattuale della condizione esistenziale dell'interprete, e pertanto, quando si accede al piano della valutazione, ricadono nel giudizio critico di un ideale di ragione<sup>22</sup>. Non è quindi sufficiente l'esigenza di trasparenza della precomprensione fatta valere da Gadamer, secondo il quale il problema metodologico dell'ermeneutica si riduce alla consapevolezza da parte dell'interprete dei propri pregiudizi allo scopo di poterli controllare<sup>23</sup>. È necessario ripristinare la distanza fra essere e dover essere di cui parla lo stesso Mengoni. Proprio in quanto appartenenti alla dimensione del fatto, e non a quella del valore, le concezioni etico-sociali sono inidonee ad integrare il precetto normativo e restano confinate nel procedimento interpretativo di identificazione della norma individuale. Esse riguardano il criterio ermeneutico e non il valore normativo.

Ciò che sul piano normativo si esige è l'appello dell'interprete all'ideale di regolazione. L'adozione nel momento della concretizzazione della clausola generale di parametri meta-giuridici resta, come abbiamo visto, una circostanza di fatto di cui si deve valutare la coerenza al punto di vista trascendentale della norma ideale. Ciò che per il diritto rileva è il cammino verso l'ideale, non le concezioni etico-sociali che si incontrano lungo il percorso. Quelle concezioni restano soggette al giudizio dell'ideale di norma. Identificare la norma individuale corrisponde così per l'interprete all'assunzione di un impegno normativo nella direzione del parametro costituito dall'idea-limite. La buona fede è un *telos*<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> La critica che Habermas svolge nei confronti della dottrina ermeneutica di Gadamer è nel senso che l'appartenenza dell'interprete alla tradizione non può escludere l'esercizio critico della riflessione e dunque "un sistema di riferimento che oltrepassi il nesso della tradizione come tale" (J. HABERMAS, *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, Bologna, 1980, 253). Secondo la teoria interpretativa del diritto di Dworkin, a metà strada fra l'approccio ermeneutico e quello neo-kantiano di Habermas, nella tradizione è depositata una ragione pratica che orienta l'interprete nella direzione della migliore interpretazione della prassi giuridica della comunità (R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1989, *passim*).

<sup>23</sup> H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1983, 316-317.

<sup>24</sup> Una lettura in termini trascendentali della clausola generale del danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. è in G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006, 79 ss. che distingue fra il piano trascendentale della giustizia corret-

Adottando il punto di vista di Mengoni il piano trascendentale dell'ideale sarebbe inaccessibile perché, secondo il nostro autore, il valore non è conoscibile direttamente, ma può essere colto solo in modo analogico all'interno di figure sintomatiche, attraverso la logica del verosimile e le teorie dell'argomentazione. Le clausole generali rinvierebbero a queste forme esemplari di valore, rappresentate dagli *standards*<sup>25</sup>. La conoscenza analogica presuppone però il perseguimento dell'ideale quale criterio regolativo nella selezione della forma esemplare. Ai fini della scelta della figura sintomatica si deve esigere l'orientamento in base all'ideale, di cui la clausola generale rappresenta la trascrizione positiva. Ciò che importa non è l'accessibilità in fatto al valore, ma la tensione normativa verso di esso. L'assunzione da parte dell'interprete del punto di vista dell'ideale nella concretizzazione della clausola generale corrisponde ad una pretesa normativa, e non ad un enunciato fattuale. Il diritto è sempre una questione di dover essere. La logica giuridica non è quella degli accadimenti empirici ma quella dell'ideale normativo cui di diritto dobbiamo aspettarci l'interprete miri ad uniformarsi. Forme esemplari e concezioni etico-sociali saranno giudicate in base alla coerenza al valore costituente l'idea-limite. Eliminate dal campo normativo le c.d. norme sociali, non restano a questo punto che le circostanze del caso concreto. Possiamo quindi concludere nel senso che l'incompletezza della norma elastica attiene non al piano valutativo ma alla contemplazione delle circostanze di fatto cui l'ordinamento collega l'effetto giuridico. Buona fede e correttezza, quali puri ideali di regolazione, sono determinabili solo in relazione alle circostanze del caso. Possono cioè essere predicate solo come norme individuali. Non c'è la correttezza, ma un comportamento corretto, date determinate circostanze di fatto<sup>26</sup>. Dalla natura di norma ideale della clausola generale, e

---

tiva, quale equo bilanciamento fra due posizioni entrate in conflitto, ed il piano variabile delle concezioni etico-politiche su ciò che è bene, mediante cui concretizzare la giustizia correttiva; in generale sulla distinzione fra il "giusto" e il "bene", J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1986, 367 ss.

<sup>25</sup> L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 14 ss.

<sup>26</sup> «Lo *standard* non esiste in sé come regola generale, ma viene precisato e concretizzato in relazione ai caratteri peculiari del caso concreto» (M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit., 330). Negli stessi termini S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., 47: «non può ammettersi un significato oggettivo 'preesistente' della clausola generale, indipendente dalle prospettive dell'interprete aventi riguardo al caso concreto». O ancora:

dalla sua determinabilità solo in relazione alle circostanze del caso, discende un ulteriore corollario.

Stante il carattere puramente ideale della norma contemplata dalla clausola generale, la norma in senso tecnico che trova applicazione è quella individuale. La disciplina del caso non è affidata alla clausola generale, la quale in quanto puro ideale è priva di forza precettiva in relazione alle circostanze del caso, ma alla norma concreta. L'idealità della clausola generale non corrisponde al carattere astratto e generale della norma a fattispecie perché, a differenza di quest'ultima, la clausola generale non contempla una classe di azioni o eventi. È la previsione, astratta e generale, di azioni o eventi che, consentendo alla valutazione di svolgersi in relazione ad un *quid facti*, permette alla norma a fattispecie di esercitare una forza precettiva. La clausola generale non regola una classe di azioni o eventi ma illustra l'ideale di regolazione per le discipline relative ad azioni ed eventi eterogenei, non configurabili classi data la loro natura individuale (benché quelle discipline, come vedremo più avanti, siano a certe condizioni generalizzabili ad altre azioni o eventi). La disciplina dell'azione o evento individuale è allora affidata alla norma concreta, la quale è pertanto una norma giuridica a tutti gli effetti, e non una mera puntualizzazione interpretativa della clausola generale. La norma concreta è più propriamente, come si dirà meglio in seguito, una norma senza disposizione.

---

694

---

### 3. - Norma concreta di diritto e fattispecie.

Come si è detto, le circostanze individuano la misura della diligenza e buona fede richieste dal caso. L'estensione del dovere di correttezza può essere accertata solo *a posteriori*, avendo come parametro le circostanze del caso. La vaghezza delle clausole generali non è da rinvio a variabili para-

---

«L'impossibilità di definire in modo astratto, conciso ed univoco il significato della norma elastica fa sì che la definizione sia possibile, di volta in volta, solo con riferimento alle circostanze concrete della singola fattispecie, ciò che poi rende la distinzione tra accertamento del fatto e giudizio di diritto possibile solo concettualmente ma non facile praticamente» (F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, 187).

metri di giudizio o mutevoli tipologie sociali<sup>27</sup>. Ciò che invero è indeterminato nella norma elastica sono proprio i fatti riconducibili alla previsione normativa<sup>28</sup>. Le norme di cui agli artt. 1337 e 1375 c.c. sull'obbligo di comportarsi di buona fede, rispettivamente nello svolgimento delle trattative o nella formazione del contratto e nell'esecuzione del contratto, non contemplano una classe di azioni o eventi cui sia collegato un determinato effetto giuridico. Nel caso di una norma come l'art. 1158 c.c. non si ha difficoltà ad identificare la classe di azioni (il possesso continuato per venti anni) cui la legge collega un determinato effetto giuridico (l'acquisto della proprietà). L'effetto è la risultante della valutazione di uno specifico fatto, contemplato in forma astratta e generale. La previsione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede è affetta da genericità ed indeterminatezza perché in mancanza di uno specifico fatto non è costitutiva del precetto (il quale può essere identificato solo in relazione ad un determinato fatto). Sono le circostanze del caso a determinare il contenuto della buona fede. Le trattative e la formazione del contratto, ovvero l'esecuzione del contratto, non sono in grado di delineare una classe di eventi perché non fanno riferimento ad uno specifico fatto, contemplato in forma di classe, come il possesso continuato per venti anni. Che trattative, formazione ed esecuzione del contratto siano inidonee a costituire il presupposto di fatto di un determinato comportamento dovuto per legge lo prova la loro inidoneità a fornire la misura della buona fede richiesta dal caso. Solo le particolari circostanze del caso concreto danno contenuto allo specifico dovere di correttezza. Ne discende l'estraneità di trattative, formazione ed esecuzione del contratto al piano del fatto e la loro inerenza all'ideale di norma in quanto tale. Il principio regolativo logico-trascendentale è rappresentato non dal mero obbligo di correttezza, ma dall'obbligo di comportarsi secondo buona fede nelle trattative, nonché nella formazione ed esecuzione del contratto. Al cospetto di tale ideale vi è la generalità di azioni o eventi individuali che possono verificarsi nel corso delle trattative, della formazione e dell'esecuzione del contratto, azioni o eventi non con-

---

<sup>27</sup> In tal senso C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, cit., 302 ss.

<sup>28</sup> G. FABBRINI, voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 742.

figurabili classi data la loro natura individuale. Concretizzare l'ideale significa identificare i doveri di comportamento relativi al caso specifico e postulati dal principio di ragione depositato nella clausola generale di cui agli artt. 1337 e 1375 c.c.

La determinazione dell'elemento indeterminato della norma avviene così attraverso l'inserimento dei fatti. Le circostanze del caso entrano nella regola come componente in senso tecnico di quest'ultima. Come è stato tuttavia osservato, questo non vuol dire che l'identificazione dell'estensione dell'obbligo di correttezza, per restare alla clausola di buona fede, avvenga solo in concreto e che manchi del tutto un profilo *a priori*<sup>29</sup>. Se eliminassimo il lato dell'*a priori*, e riducessimo tutto alle circostanze del caso, perderemmo l'ideale normativo che governa l'identificazione della norma concreta, ovvero ciò che Kelsen chiamava il «senso specificatamente giuridico»<sup>30</sup>. Che l'ideale sia quindi praticamente enunciabile solo in relazione alle circostanze del caso, non esclude che, proprio per la sua enunciazione, lo si debba perseguire quale criterio dell'enunciato e che dunque una separazione concettuale fra l'ideale e le circostanze possa essere stabilita.

---

696

Dal punto di vista strutturale fra la norma concreta, identificata mediante la norma ideale, e la norma generale e astratta non vi è differenza. Secondo un antico insegnamento ogni norma consta di un elemento formale, concretantesi nell'attività di qualificazione, e di un elemento materiale, che è il fatto oggetto di qualificazione<sup>31</sup>. La norma concreta è anch'essa una norma a fattispecie, solo che mentre quella astratta e generale contempla una classe di eventi o azioni, quella concreta contempla un'azione individuale. Per tornare a Kant, ogni formulazione di norma, astratta o concreta, può essere definita «giudizio sintetico *a priori*»<sup>32</sup>. Formulare una norma non può corrispondere a un giudizio analitico, nel quale il predicato è già tutto nel soggetto della qualificazione (*a priori*), ma non corrisponde neanche al giudizio meramente sintetico, che è interamente dipendente dal-

---

<sup>29</sup> U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 90 ss.

<sup>30</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1975, 12.

<sup>31</sup> A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 3 ss.; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 61 ss.

<sup>32</sup> I. KANT, *Critica della ragion pura*, I, cit., 46 ss.

l'esperienza (*a posteriori*). Nell'un caso avremmo una norma senza fatto, nell'altro circostanze di fatto prive di qualificazione. La formulazione della norma, tanto astratta e generale quanto concreta, corrisponde quindi ad un giudizio sintetico *a priori*, nel quale si ha sia la fornitura di materia dall'esterno che la connessione con l'attività qualificatoria<sup>33</sup>.

La caratteristica della clausola generale, norma ideale cui attingere per la formulazione di giudizi sintetici *a priori* relativi a norme concrete, è che indeterminato è l'elemento materiale della norma. La fattispecie, quale correlazione a determinati presupposti di fatto dell'effetto giuridico, è espressione di un criterio di valutazione. La clausola generale si arresta al livello astratto del criterio di valutazione e resta muta per ciò che concerne i presupposti di fatto. Enuncia il criterio solo in senso astratto e non lo applica così ad alcun dato di fatto, non svolgendo in definitiva alcuna valutazione. La norma elastica è un ideale di norma proprio perché coincide con il puro criterio di valutazione. Si comprende così perché non è sul piano del criterio di qualificazione che deve avvenire l'integrazione della clausola generale. Dal punto di vista qualificatorio la norma è esaustiva e non richiede di diritto il rinvio a criteri esterni, salvo di fatto il riferimento empirico a tipologie esemplari e concezioni etico-sociali nel corso del procedimento interpretativo. Come si è già detto, le c.d. norme sociali ineriscono al criterio ermeneutico e non al valore normativo. Sotto il profilo valutativo la clausola generale non è una norma incompleta perché in base al diritto la disciplina del caso concreto va identificata mediante l'appello all'ideale di norma. Il cerchio normativo si chiude fra l'ideale ed il caso ed il riferimento a criteri extra-giuridici resta un'evenienza empirica di cui va misurata la coerenza all'ideale. Il difetto di determinazione non riguarda in conclusione l'elemento formale, ma l'elemento materiale, sicché è al livello del fatto che si impone l'integrazione.

Di recente il diritto per clausole generali è stato configurato come contatto

---

<sup>33</sup> «Anche quella del legislatore si può legittimamente denominare “concretizzazione valutativa”, in quanto – sebbene essa non avvenga con riferimento ad uno specifico *caso concreto* – consiste pur sempre in una specificazione/applicazione di un determinato ‘valore’ ad una particolare fattispecie alla quale può essere riferito» (G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, cit., 1705). Per riprendere le due osservazioni di Kant da cui muove J. McDOWELL, *Mente e mondo*, Torino, 1999, «i pensieri senza contenuto sono vuoti» e «le intuizioni senza concetti sono cieche».

immediato fra i valori soggettivi dell'interprete ed il caso <sup>34</sup>. Tale visione non considera che la formulazione della norma concreta corrisponde ad un giudizio sintetico *a priori* nel quale è di diritto previsto che l'interprete faccia appello all'ideale di norma rappreso nella clausola generale <sup>35</sup>. Che di fatto possa aversi l'intrusione di criteri extra-giuridici non toglie che di diritto l'interprete debba indossare quello che John Rawls ha definito "velo d'ignoranza" circa le contingenti concezioni di valore <sup>36</sup>. Il limite della visione delle clausole generali in termini di "soggettivismo vitalistico" è quello di proporre come logica giuridica ciò che invece risponde a stati di fatto. Se conversiamo di fenomeni giuridici dobbiamo guardare non a ciò che di fatto accade o può accadere, ma a ciò che di diritto è legittimo attendersi. La pretesa del diritto è che l'interprete si adegui all'ideale di regolazione.

Dopo che la norma è stata formulata mediante un giudizio sintetico *a priori*, la sua applicazione successiva corrisponde però ad un giudizio analitico, perché si tratta di ritrovare nell'esperienza ciò che è già tutto dentro la norma. È questo il meccanismo della sussunzione. Si è soliti attribuire l'operazione della sussunzione alle sole norme a fattispecie <sup>37</sup>. In realtà, dopo che grazie all'ideale normativo contenuto nella clausola generale è stata identificata la norma concreta, anche quest'ultima può costituire la premessa maggiore del sillogismo giudiziale. È stato osservato, a questo proposito, che la reiterazione nel tempo di applicazioni della medesima norma individuale perviene ad una tipizzazione di accadimenti empirici che può essere utilizzata come parametro della sussunzione, stavolta non in uno schema astratto e generale, ma in una norma concreta la cui componente di fatto coincide con quella del singolo accadimento <sup>38</sup>. Nella dottrina tedesca questo raggruppamento di casi simili prende il

---

<sup>34</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 19 ss.

<sup>35</sup> In termini analoghi, contro l'argomento di Hart della discrezionalità dei giudici, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 108.

<sup>36</sup> J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 125 ss.

<sup>37</sup> Per le clausole generali si parla di sussunzione "alla rovescia", nel senso che è il giudizio sul fatto a riempire di contenuto la norma elastica (G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, cit., 446).

<sup>38</sup> G. FABBRI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., 742; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., 71.



nome di *Fallgruppen* <sup>39</sup>. In tal modo anche la norma concreta diventa una norma a fattispecie, e segnatamente una norma a fattispecie concreta, cui ricondurre un evento analogo a quello previsto. Il giudice potrà fare applicazione della norma concreta di diritto se nel nuovo caso si rinven- gono i medesimi requisiti fattuali. La norma concreta, peraltro, può cono- scere livelli diversi di concretezza. Si facciano gli esempi seguenti.

Sulla base della norma ideale contemplata dall'art. 1337 c.c. («le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede») è stata identificata la norma concreta sul recesso ingiustificato da trattative, la quale, in tali termini, è dotata comunque di un significativo grado di generalità. Più circoscritta, e tutta- via applicabile in una serie di accadimenti, relativi al recesso per giusta causa da rapporti contrattuali, è la norma concreta secondo cui in caso di recesso di una banca dal rapporto di credito a tempo determinato in presenza di una giusta causa, il giudice deve accertare che il recesso non sia stato esercitato con modalità impreviste ed arbitrarie, tali da contra- stare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate <sup>40</sup>. Si può infine perve- nire ad ipotesi di norme massimamente concrete, assolutamente non svincolabili dalle circostanze del caso, e non reiterabili in circostanze diverse.

La norma concreta di diritto costituisce sì una fattispecie, ma rispetto ad essa non può operare il meccanismo della sussunzione. Quest'ultima presuppone una fattispecie generale e astratta, definita da una serie di elementi determinati e tutti necessari, nella quale riportare un caso con- creto attraverso la selezione degli elementi corrispondenti all'ipotesi astratta. È necessario che tutti gli elementi della fattispecie astratta siano presenti in quella concreta, che è così dedotta dalla prima. Nel caso della norma concreta il procedimento logico non è deduttivo, ma induttivo. In

---

<sup>39</sup> S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., 37 ss.

<sup>40</sup> Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, *Foro it.*, 2000, I, col. 3495.

essa la fattispecie ha carattere concreto perché consta di un complesso di elementi non tutti necessari come per la fattispecie astratta. Non è richiesto che tutti gli elementi della fattispecie concreta siano rinvenibili nel nuovo caso. Il rapporto non è fra universale e particolare, ma fra particolare e particolare. Dalla congerie di elementi si estrae il tipo ed è questo che deve essere ricorrente nel nuovo caso, per il resto caratterizzato da diversi elementi fattuali. L'enunciazione giudiziaria del principio di diritto consiste nella induzione dalla fattispecie, all'interno della serie di circostanze che connotano il caso, degli elementi che corrispondono alla norma concreta di diritto. Ai fini dell'ulteriore applicazione della norma risultante dal caso si procede mediante il raffronto fra casi concreti, riconducendo il nuovo caso al primo sulla base degli elementi in comune fra i due casi e che hanno rilevanza ai fini del precetto normativo. Trattandosi non di sussunzione, ma di riconduzione, la corrispondenza fra i casi potrà essere più o meno intensa<sup>41</sup>. Stante le diverse graduazioni di somiglianza che possono ricorrere, il rapporto fra i casi va regolato secondo le raffinate tecniche del *distinguishing* elaborate dal giudice anglosassone.

---

700

La tipizzazione in una fattispecie, infine, non può aversi nel caso di pronuncia secondo equità perché qui non si fa applicazione di norme di diritto. In tal caso, infatti, come si esprime la medesima disposizione processuale, il giudice non segue le norme di diritto, ma dirime la controversia secondo equità (art. 112 c.p.c.). La decisione della causa secondo equità non corrisponde alla formulazione di un giudizio sintetico *a priori* perché, direbbe Kant, ricorre un giudizio meramente sintetico, interamente dipendente dall'esperienza. Il giudice non identifica la norma del caso concreto attingendo ad un ideale normativo, ma recepisce esclusivamente le circostanze fattuali desumendone *a posteriori*, secondo una logica perfettamente aderente alle circostanze del caso, la risoluzione della controversia. Il carattere puramente empirico della decisione rimanda alla teoria della natura del fatto, diffusasi in ambiente tedesco alla metà del secolo scorso, basata su un'intima correlazione di essere e dover essere<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> La distinzione fra sussunzione e riconduzione è adottata da G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 121 a proposito dell'elaborazione dei tipi contrattuali.

<sup>42</sup> A. BARATTA, *Natura del fatto e giustizia materiale. Certezza e verità nel diritto*, Milano, 1968, *passim*.

Dato che il giudice non applica norme di diritto si comprende perché la decisione equitativa sia incensurabile ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. ed il ricorso per cassazione possa essere proposto solo per vizio motivazionale ai sensi dell'art. 360, n. 5<sup>43</sup>. L'impugnazione per violazione dei principi informativi della materia, esperibile nei confronti della sentenza emanata dal giudice di pace, non mira ad accertare se sia stata violata la norma di diritto applicabile, posto che nessuna norma di diritto è stata applicata, ma se la risoluzione della controversia mediante l'enunciazione della regola di equità resti coerente ad un ordinamento basato sulla forma di legge, e quindi ai principi cui si ispira la disciplina positiva<sup>44</sup>. Nel caso dell'equità decisione della controversia e posizione della regola coincidono. Nel caso delle clausole generali ricorre la medesima coincidenza?

#### 4. - Chi è il destinatario delle clausole generali?

Di fronte agli *standards* «il giudice non si limita a un'attività meramente ricognitiva, ma formula un giudizio di valore circa le esigenze che da essi si esprimono rispetto al caso concreto, traducendoli in una norma individuale»<sup>45</sup>. La tesi di Mengoni, come si è anticipato, rispecchia il comune sentire sulle clausole generali. La premessa, come scrive lo stesso Mengoni, è quella di «una direttiva e insieme un'autorizzazione impartite dall'ordinamento giuridico al giudice (e dunque un ampliamento dell'*officium iudicis*)»<sup>46</sup>. La delega di potere al giudice da parte dell'ordinamento presuppone che destinatario della norma elastica sia il giudice. Si può

---

<sup>43</sup> F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, cit., 192 (per una diversa prospettiva, M. BOVE, *Decisione secondo equità e ricorso in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 93 ss.).

<sup>44</sup> Corte cost. 6 luglio 2004, n. 206, *Arch. civ.*, 2004, 1145.

<sup>45</sup> L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, cit., 316.

<sup>46</sup> L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, cit., 316. Così anche S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, cit., 262: «la fattispecie aperta, invece, ricorre quando si opera un esplicito trasferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto... Qui non è tanto l'indeterminatezza del concetto ad assumere rilevanza: è la sospensione del giudizio da parte del legislatore, la sua remissione ad una competenza diversa»; secondo G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 270, le regole di condotta che si ricavano dalla buona fede sono «regole individuate dal giudice (e dunque, nella sostanza, regole di formazione giurisprudenziale, e non regole legali: il che del resto è immanente ed essenziale, nella e per la funzione delle clausole generali)».

però concepire la normativa codicistica sulla correttezza come indirizzata al giudice? Una norma come l'art. 1337 c.c. prevede un obbligo di comportamento e non attribuisce il potere, pubblico o privato che sia, di creare o modificare un obbligo<sup>47</sup>, e deve perciò intendersi come indirizzata ai consociati. Ma anche laddove si tratti di previsione normativa attributiva di un potere di modificazione del rapporto giuridico, come quella sulla giusta causa di licenziamento, cui si deve la parte più rilevante di elaborazione giurisprudenziale sulle norme elastiche, la norma non è indirizzata al giudice.

Sull'attuazione spontanea del diritto a proposito degli *standards* ha richiamato l'attenzione Angelo Falzea: destinatari primari delle clausole generali sono i *cives* e solo in caso di lite l'attuazione si trasferisce al giudice, il quale accerta ed applica la soluzione normativa già emersa al tempo reale del fatto<sup>48</sup>. Se si assume il punto di vista normativo, i fatti non sono mai bruti ma qualificati. J.R. Searle definisce i fatti all'interno di contesti di regolazione "fatti istituzionali" e spiega il fenomeno sociale dell'agire secondo regole sulla base della cosiddetta "abilità di sfondo" che si sviluppa nell'interazione intersoggettiva<sup>49</sup>. Quando sulla base di una crisi di cooperazione le parti danno luogo ad un processo deducendo una norma elastica non invocano dal giudice il riempimento dei *gaps* lasciati dai comandi del legislatore con un atto di posizione del diritto, ma chiedono al giudice di accordare loro un diritto che esse pretendono già di avere<sup>50</sup>. La domanda di accertamento della responsabilità presuppone che una misura della responsabilità medesima sia preesistente, altrimenti non si potrebbe ripartire fra le parti il torto e la ragione. Se la misura della responsabilità è posta dal giudice, e non meramente dichiarata nel processo, non potrebbe neanche ascrivere a qualcuno il torto. Di cosa sa-

---

<sup>47</sup> Sulla distinzione fra norme primarie, che impongono obblighi, e norme secondarie, che attribuiscono il potere, pubblico o privato, di creare o modificare obblighi, H.L.A. HART, *Il concetto del diritto*, Torino, 2002, 97.

<sup>48</sup> A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., 399 ss. e 413 ss.

<sup>49</sup> J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Milano, 1996, 130 ss. (si veda anche F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2014, 367 ss.).

<sup>50</sup> CH. FRIED, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge Mass., 1982, 68 il quale, con riferimento ai c.d. *hard cases*, seguendo sul punto Ronald Dworkin, precisa che le parti si appellano ai principi di diritto cui il giudice è vincolato.

rebbe responsabile la parte se il parametro di responsabilità non preesisteva al processo e sorgesse solo con il *dictum* giudiziale? Se l'integrazione della norma elastica avviene per opera del giudice nessuno è responsabile e può dunque essere citato per i danni, perché al momento del fatto la regola non c'era ancora. Agire per la violazione della normativa di correttezza e domandare il risarcimento del danno non è la stessa cosa che chiedere al giudice di stabilire il termine per l'adempimento dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1183 c.c. Si è responsabili della violazione di una norma che preesiste alla condotta, mentre nel caso del tempo dell'adempimento si sta chiedendo effettivamente al giudice di fissare una regola del rapporto obbligatorio. Il divieto del *non liquet* è l'altra faccia della preesistenza comunque di una norma prima dell'instaurazione di un processo. Sulla base di quella norma i consociati possono regolare, prima ed a prescindere dalla dichiarazione giudiziale, i propri comportamenti<sup>51</sup>.

Il fenomeno dell'attuazione spontanea del diritto da parte dei consociati può essere chiarito ricorrendo al parallelismo fra la norma di riconoscimento di Hart al vertice del sistema giuridico in funzione di norma-base e le norme concrete. Secondo Hart la norma-base del sistema è una norma non posta ma socialmente accettata allo scopo di riconoscere quali siano le norme valide. Mentre la norma posta dal legislatore esiste dal momento della sua emanazione, la norma di riconoscimento non esiste prima che sorga un'occasione per la sua applicazione pratica<sup>52</sup>. Allo stesso modo le norme concrete, essendo identificabili solo *a posteriori* in relazione alle circostanze del caso, esistono dal momento in cui sorge un'occasione per la loro applicazione pratica, a differenza delle norme generali e astratte poste dal legislatore, le quali esistono dal momento della loro emanazione. Il punto può essere ulteriormente chiarito attingendo alla teoria di Wittgenstein su ciò che significa seguire una regola. Si legge nel paragrafo 201

---

<sup>51</sup> Si presti attenzione a quanto previsto dall'art. 30, comma 3, l. n. 183 del 2010, rubricato *Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro*: «Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni». Qui il legislatore sta considerando l'attuazione spontanea da parte dei consociati delle clausole generali.

<sup>52</sup> H.L.A. HART, *Il concetto del diritto*, cit., 328.

delle *Ricerche filosofiche* che formulare una regola in termini generali non vuol dire nulla, perché qualsiasi modo d'agire può essere messo d'accordo con la regola grazie all'interpretazione<sup>53</sup>. La regola non è identificabile prima dell'uso in relazione al caso particolare. Essa sorge con l'applicazione nella singola circostanza. La norma concreta, stando all'argomento wittgensteiniano, non è identificabile prima dell'applicazione in relazione al caso concreto. Sorgendo con l'applicazione nella singola circostanza, la norma concreta è seguita o invocata di fatto, spontaneamente, e non in base ad una ulteriore norma, che ne prescriva l'osservanza. Se infatti la norma concreta fosse seguita o invocata di diritto, in base ad una prescrizione normativa ulteriore, e non di fatto, costituendo l'oggetto di un comando essa esisterebbe dal momento della sua emanazione, e, non essendo configurabili le circostanze del caso se non al momento della loro verifica, avrebbe il contenuto di un enunciato generale. Posto che invece la norma ha il contenuto di un enunciato concreto, non ne è prescritta l'osservanza da una norma ulteriore, ed è dunque seguita o invocata di fatto. In conclusione: la norma concreta, non essendo svincolabile dalle circostanze del caso, non è enunciabile prima della sua applicazione; non essendo identificabile prima che ne venga fatta applicazione, è seguita o invocata di fatto, e non in osservanza di una norma ulteriore. Riconoscere che le norme concrete di diritto sono seguite di fatto vuol dire affermare che esse si esprimono attraverso la prassi sociale. Il senso di quest'affermazione è quello del passaggio da Kant a Hegel. Le categorie trascendentali non sono assunzioni metodologiche separate dagli stati di fatto, ma sono specifiche istituzioni sociali, effettivamente operanti all'interno dei contesti particolari di azione sociale quali strutture fondamentali di quei contesti<sup>54</sup>. La concretizzazione delle clausole generali corrisponde ad una prassi sociale perché il processo trascendentale di uniformazione all'ideale non è una semplice metodica ma il modo stesso di funziona-

---

<sup>53</sup> L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, Torino, 1967, 108.

<sup>54</sup> R. BRANDOM, *Some Pragmatist Themes in Hegel's Idealism: Negotiation and Administration in Hegel's Account of the Structure and Content of Conceptual Norms*, in *European Journal of Philosophy*, VII, 1999, 168 ss. Hegel, assumendo ciò che Kant definisce categorie trascendentali non come forma separata dalla materia ma come logica interna alla realtà, ha operato in definitiva una radicalizzazione di Kant (J. MCDOWELL, *Having the World in View. Essays on Kant, Hegel and Sellars*, Cambridge Mass., 2009, 69 ss.).

mento del mondo sociale. L'interazione sociale, in quanto dotata di una tipica struttura normativa e razionale, è così espressione di trascendentali contestualizzati e dei corrispondenti statuti normativi. Qual è in questo quadro lo spazio della lite?

La crisi di cooperazione insorge quando in ordine all'applicazione di una norma concreta sorga un contrasto fra le parti perché solo una delle due ne invoca l'utilizzazione e l'altra vi si oppone (sulla base di un apprezzamento difforme della regola giuridica o per un'oggettiva inosservanza). Una norma del caso c'è, altrimenti non si potrebbe stabilire chi ha torto e chi ha ragione e riconoscere una responsabilità per l'eventuale danno. Con il caso è insorta la norma e la parte che ha ragione ne invoca l'applicazione. Per dirimere la lite bisogna sostituire all'apprezzamento di parte l'apprezzamento vincolante del *quid iuris* ad opera di un terzo imparziale, l'organo della giurisdizione<sup>55</sup>. All'esito del processo la norma sarà seguita (o invocata) non più di fatto, ma di diritto, in forza di una norma ulteriore, il giudicato.

##### 5. - Riconoscimento e non posizione di norme senza disposizione.

---

705

Concretizzare ideali di norma non coincide con la comune applicazione di norme, la quale presuppone la previsione dei presupposti di fatto cui la norma collega l'effetto giuridico, ma è riconoscimento di norme individuali mediante l'uniformazione all'ideale. Applicare una clausola generale vuol dire dare avvio ad un processo ermeneutico nel quale l'interprete è tenuto a seguire l'ideale. Il giudice non formula la norma individuale sulla base di una delegazione normativa ma accerta la norma concreta di diritto sulla base dell'indicato processo interpretativo. Detto altrimenti, mentre la formulazione del giudizio sintetico *a priori* da parte del legislatore corrisponde ad un atto di posizione della norma (generale e astratta), nel caso del giudice la formulazione del giudizio sintetico *a priori* corrisponde ad un atto dichiarativo della norma (concreta), ovvero ad un atto di riconoscimento grazie all'interpretazione.

L'accertamento della norma concreta di diritto avviene sulla base del

---

<sup>55</sup> E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1990, 807.

criterio di identificazione fornito dall'ideale di norma contemplato dalla clausola generale. Il giudice, proprio come nella gnoseologia di Kant, "conosce" la norma concreta grazie all'organo trascendentale rappresentato dalla clausola generale. Conosce per decidere, direbbe Emilio Betti, come è proprio della «interpretazione in funzione normativa»<sup>56</sup>. Non pone quindi il giudice la regola, come invece accade nella pronuncia secondo equità. Trattandosi di norma solo riconosciuta in sede interpretativa, e non posta dal legislatore all'interno di un enunciato linguistico secondo le forme della disposizione, la norma concreta di diritto è definibile norma senza disposizione. L'ideale di norma, per converso, risulta da un enunciato linguistico, e dunque da una disposizione, che il legislatore pone. Come ogni disposizione, grazie all'interpretazione trapassa in norma, ma solo quale norma in senso ideale. Essendo inoltre priva dell'elemento materiale, non può essa costituire la disposizione da cui viene estratta la norma concreta. Quest'ultima non rappresenta il risultato dell'interpretazione di una corrispondente disposizione. La norma individuale è identificata su base puramente interpretativa, senza il riferimento a disposizioni e seguendo la clausola generale, quale norma ideale cui uniformarsi e non quale disposizione (il che val quanto dire che nel momento in cui l'interprete, nella ricerca della norma concreta, persegue la norma ideale, quest'ultima è già passata dallo stadio di disposizione a quello di norma, sia pure solo ideale). In definitiva, la norma individuale non è una puntualizzazione interpretativa della clausola generale, desunta attraverso l'ermeneutica della relativa disposizione. È una norma in senso tecnico, priva di disposizione, la quale viene riconosciuta seguendo l'ideale di norma riposto nella clausola generale.

Si viene così configurando, in parallelo all'ordinamento positivo (che consta sia delle norme astratte e generali in forma di fattispecie che delle clausole generali), un ordinamento concreto composto di norme individuali senza disposizione. L'ordinamento concreto, la cui cifra è la storicità e contingenza, costituisce l'inveramento pratico dell'ideale regolativo espresso dalle clausole generali. L'ideale di norma, se non articolato alle circostanze del caso, è privo di effettualità, anche allo stato potenziale, a

---

<sup>56</sup> E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., 789 ss.



differenza della norma a fattispecie la quale, prima della verifica dei suoi presupposti di fatto, si trova in uno stato di virtualità, cioè di effettualità potenziale<sup>57</sup>. L'ideale non sussiste indipendentemente dalle sue determinazioni pratiche, direbbe Hegel. Se la determinazione dell'ideale avviene mediante il riferimento a classi di azioni (che è quanto accade quando il legislatore pone la norma), l'effettualità è potenziale; se avviene invece attraverso il caso concreto si tratta di un'effettualità attuale. In presenza di norme individuali senza disposizione norma ed effetto giuridico sorgono *uno actu* all'insorgere del caso. L'ordinamento concreto non è posto, ma *si dà* nella prassi dei consociati ed è oggetto di ricognizione da parte del giudice. Il trascendentale contestualizzato modella l'interazione sociale e si riflette nella risoluzione giudiziale della controversia.

Fra l'ordinamento concreto e quello positivo vige un rapporto di coerenza, stante il primato della forma di legge ed essendo i due ordinamenti branche dello stesso ordinamento giuridico. La relazione fra i due ordinamenti non è di tipo gerarchico, nel senso che l'uno, collocato su un grado superiore, decide della validità dell'altro. Si tratta di ordinamenti avvinti da un nesso non gerarchico ma d'integrazione, secondo le forme di una relazione a rete, rispetto alla quale il nodo che determina la giuntura è rappresentato dalla clausola generale<sup>58</sup>. Quest'ultima si trova esattamente a metà strada fra l'ordinamento astratto e quello concreto. Possiamo definirlo norma interfacciale. Come l'autocoscienza della *Fenomenologia dello spirito* di Hegel, è un «intreccio multilaterale e polisenso»<sup>59</sup>. È il luogo in cui ordinamento positivo ed ordinamento concreto si incrociano. In quanto norma posta dal legislatore la clausola generale fa parte dell'ordinamento positivo, ma non è astratta e generale alla stregua delle altre

---

<sup>57</sup> Secondo la tradizionale teoria della fattispecie è necessario un *quid facti* «perché la norma trapassi dalla virtualità all'effettualità» (A.E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 285).

<sup>58</sup> L'integrazione è una forma di relazione fra ordinamenti, alternativa a quella gerarchica, di cui si ha esperienza nel rapporto fra Unione europea e ordinamento nazionale ed anche nel rapporto fra ordinamento statale e ordinamento dei privati allorquando l'atto di autonomia privata, superato il controllo di conformità alla fattispecie legale, costituisce norma privata (si vedano E. SCODITTI, *Articolare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 189 ss. e ID., *Il contratto fra legalità e ragionevolezza*, in *Foro it.*, 2015, V, col. 417 ss.).

<sup>59</sup> G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, I, Firenze, 1976, 153.

norme perché è, più propriamente, l'ideale di norma per le norme dell'ordinamento concreto. Il legislatore non concretizza il valore, come accade nelle norme a fattispecie, ma si limita ad enunciarlo, fissandolo positivamente. La clausola generale è così valvola di apertura o organo di respirazione dell'ordinamento, ma non nei confronti dei criteri meta-giuridici, bensì nei confronti delle norme concrete. Rappresenta l'anello di congiunzione fra l'ordinamento positivo posto dal legislatore e l'ordinamento concreto privo di disposizioni. È, in definitiva, ciò che garantisce che, pur in presenza della proliferazione di norme individuali, l'ordinamento resti imperniato sulla forma di legge. Tale garanzia è offerta dal fatto che l'ideale di norma resta contemplato da una norma posta dal legislatore. È la clausola generale che mantiene ferma la coerenza dell'ordinamento concreto all'ordinamento positivo. Senza la clausola generale le norme concrete non sarebbero configurabili.

Riconoscendo che il giudice dichiara, e non pone, le norme concrete di diritto, si evita la ricaduta in una concezione meramente aggiudicatrice del diritto (o addirittura realista), per la quale il diritto non è un'esperienza indipendente dalle statuizioni dei giudici, e la norma è un mero prodotto secondario dell'aggiudicazione, coerentemente alla tradizione del *common law*. Il diritto vincola prima, ed a prescindere, dalle statuizioni dei giudici. Allo stesso tempo, mediante la nuova categoria di norma concreta di diritto, si propone una concezione più allargata di normativismo, il cui effetto è la liberazione della nozione di norma dall'ipoteca della fonte del diritto. Oltre i tradizionali steccati del normativismo, che non concepivano la norma se non sulla base di una fonte autorizzata a produrla da una norma di grado superiore, secondo il modello dello *Stufenbau* kelseniano, la norma non perde la sua identità per il fatto che la sua fonte non è identificabile e che è individuata solo mediante l'interpretazione. Questa nozione più comprensiva di normativismo si colloca a metà strada fra i due filoni di teoria giuridica con cui si è chiuso il Novecento. Da una parte la *sources thesis* di Joseph Raz, per la quale il diritto è individuato sulla base della fonte sociale, senza riferimento ai contenuti, dove per fonte si intende qualsiasi fatto produttivo di norme (dalla legislazione all'interpreta-

zione giudiziale)<sup>60</sup>. Dall'altra la concezione interpretativa di Ronald Dworkin, secondo la quale il diritto è individuato non in base alla fonte ma per via interpretativa grazie alla meritevolezza del suo contenuto, ovvero in base alla migliore interpretazione che i giudici offrono della prassi giuridica della comunità<sup>61</sup>. L'ordinamento delle norme concrete di diritto rappresenta pur sempre un sistema normativo, integrato con la forma di legge grazie all'ideale normativo rappresentato dalla norma elastica, ma non è identificato sulla base della fonte. Esso è solo oggetto di ricognizione grazie all'organo trascendentale rappresentato dalla clausola generale.

La norma concreta di diritto è accertata anche quando si tratta di bilanciare i principi costituzionali. Il bilanciamento non è concretizzazione di un ideale di norma ma metodo ermeneutico di coordinamento dei principi concorrenti nel caso concreto che si caratterizza per quanto segue: la prevalenza dell'un principio e la soccombenza dell'altro, anche in forme graduate, sono guidate dal canone della proporzionalità<sup>62</sup>. Mentre la concretizzazione della clausola generale segue un ideale regolativo, la norma concreta è qui identificata mediante il canone interpretativo del bilanciamento di principi equiordinati e concorrenti in relazione alle circostanze. Viene in rilievo, a questo proposito, la distinzione fra principi (costituzionali) e regole: mentre i primi concorrono ai fini della regolazione del caso, ragione per la quale cadono nel bilanciamento, le seconde, avendo la forma della regolamentazione di specifici presupposti di fatto, costituiscono disciplina esclusiva del caso, per cui l'applicazione di una regola esclude l'applicabilità delle altre<sup>63</sup>. La clausola generale non è suscettibile di bilanciamento perché nel corso della sua concretizzazione incontra solo le circostanze fattuali e non anche valori normativi concorrenti, come accade invece nel caso dei principi costituzionali. Mentre la normatività di questi ultimi è condivisa con altri principi, caratteristica della regola, come si è appena visto, è il carattere esclusivo della disciplina. Della regola la clausola generale, in quanto ideale di regola, recepisce

---

<sup>60</sup> J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 2009, 41 ss.

<sup>61</sup> R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., *passim*.

<sup>62</sup> R. ALEXY, *Constitutional Rights, Democracy, and Representation*, in *Riv. fil. dir.*, 2015, 23 ss.

<sup>63</sup> La letteratura in argomento è vastissima, sufficiente è richiamare i fondamentali contributi di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, e R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.

l'esclusività della disciplina, pur essendo, quale puro ideale, priva della forma della fattispecie. Resta quindi fermo che la concretizzazione della clausola generale è attuazione di un ideale, e non applicazione graduata come avviene nella tecnica del bilanciamento<sup>64</sup>.

Il caso da disciplinare mediante i principi costituzionali conosce diversi livelli di intensità: si va da un massimo di astrattezza e generalità, che ricorre nel giudizio di costituzionalità quando viene in rilievo la specifica classe di eventi contemplata dalla norma oggetto di scrutinio costituzionale, al massimo di concretezza che contraddistingue la controversia innanzi al giudice comune per la tutela di un diritto non disciplinato dalla legge ordinaria. Il diritto rilevante, in entrambi i casi, corrisponde non ai principi oggetto di bilanciamento ma alla norma, relativa alle circostanze, in cui sfocia il bilanciamento medesimo ed in base alla quale viene sindacata la legittimità costituzionale della norma ordinaria o decisa la controversia relativa ad un caso non previsto dalla legge<sup>65</sup>. Del resto anche il legislatore, cui per primo compete l'attività di bilanciamento, come ricorda il giudice delle leggi<sup>66</sup>, quando pone una norma bilancia principi, ed il diritto, in tal caso, corrisponde ovviamente alla norma legislativa, non ai principi dalla cui ponderazione risulta quella norma. Allo stesso modo, il

---

<sup>64</sup> Nel senso che la clausola generale non è suscettibile di attuazione graduata, a differenza dei principi, G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., 259.

<sup>65</sup> «Il giudice costituzionale non applica direttamente il principio costituzionale che esprime il "diritto", ma una regola che egli stesso ha formulato stabilendo le condizioni normative e fattuali in presenza delle quali quel principio può produrre determinati effetti giuridici. La produzione di queste regole, che costituisce un tipico esempio di 'produzione di norme per mezzo di norme' presenta alcuni problemi specifici, ulteriori rispetto ai normali problemi teorici suscitati dall'impiego di "argomenti produttivi": anzitutto vengono accreditate come "regole costituzionali" – munite quindi di quel particolare status nel sistema normativo – norme formate con "materiale" che solo in parte appartiene al discorso costituzionale; in secondo luogo, le "regole" accreditate non sono "progettate" per valere per la generalità dei casi, ma per uno specifico» (R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 41, il quale, diversamente da quanto esposto nel testo, affida al giudice, come s'intende, il compito della produzione, e non del mero accertamento, della "regola costituzionale"); nel senso invece che le regole di collisione fra principi non sono fattispecie normative, ma regole ermeneutiche, L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 125. Muovendo dal carattere di norma giuridica della regola di bilanciamento si accede ad una concezione di norma fondamentale del sistema normativo plurale e contestuale ai casi specifici (sul punto rinviamo a E. SCODITTI, *Corti e carte dei diritti: il diritto come potenzialità*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, 379 ss.).

<sup>66</sup> Corte cost. 4 dicembre 2009, n. 317, *Foro it.*, 2010, I, col. 359.

diritto corrisponde alla norma concreta, e non ai principi costituzionali, quando il giudice comune, chiamato al bilanciamento dei principi costituzionali di fronte ad un *hard case* non disciplinato dalla legge, dichiara (non pone, stante il vincolo di soggezione al diritto) la regola del caso concreto.

Anche con riferimento alle norme concrete di diritto risultanti dal bilanciamento di principi costituzionali si ripropongono le stesse questioni emerse a proposito delle clausole generali. Si tratta di fattispecie tipizzabili cui ricondurre casi connotati da requisiti fattuali comuni e che, in quanto norme indirizzate ai consociati, sono oggetto di (mero) accertamento giurisdizionale. Come nel caso delle clausole generali, siamo a metà strada fra la fonte (costituzionale) e l'interpretazione, fra Raz e Dworkin. L'ordinamento che si dipana è un ordinamento concreto di norme senza disposizione di rilevanza costituzionale, il quale è sì identificato su base esclusivamente interpretativa, ma attingendo nel corso del riconoscimento ermeneutico a principi di fonte costituzionale.

## 6. - Quale sindacato di legittimità.

Si è già fatto cenno al rilievo critico secondo cui la nuova posizione assunta dalla Corte di cassazione rischia di occultare la specificità dell'applicazione della clausola generale, che viene adesso appiattita sull'interpretazione della norma a fattispecie. Il rapporto fra giudizio di fatto e giudizio di diritto è destinato a mutare, entro i limiti che saranno subito indicati, quando si passa dalla norma a fattispecie alla norma elastica.

L'affermazione ricorrente, ad esempio a proposito di giusta causa di licenziamento nel rapporto di lavoro subordinato, è quella secondo cui le specificazioni della clausola generale, mediante la valorizzazione sia dei fattori esterni relativi alla coscienza sociale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama, hanno natura giuridica e la loro applicazione è quindi deducibile in sede di legittimità come violazione di legge; l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni, e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al

giudice di merito ed è incensurabile in cassazione se non per vizio motivazionale<sup>67</sup>. In tal modo la giurisprudenza uniforma il trattamento della norma elastica a quello della norma a fattispecie. Non vi è infatti alcuna differenza fra la conclusione appena richiamata e quella seguente, comunemente ricorrente a proposito della norma a fattispecie: la deduzione con la quale si contesti al giudice del merito non di non aver correttamente individuato la norma regolatrice della questione controversa o di averla applicata in difformità dal suo contenuto precettivo, bensì di avere o non avere erroneamente ravvisato, nella situazione di fatto in concreto accertata, la ricorrenza degli elementi costitutivi d'una determinata fattispecie normativamente regolata, è inammissibile come censura ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., giacché tale valutazione non comporta un giudizio di diritto ma un giudizio di fatto, da impugnarsi, se del caso, sotto il profilo del vizio di motivazione<sup>68</sup>. I profili di differenza fra le due forme di sindacato da evidenziare sono due.

In primo luogo se il parametro normativo è la stessa norma elastica non vi è un fatto da accertare che integri il parametro normativo per la semplice ragione che la norma elastica è una norma priva di componenti di fatto. Se si parte dalla clausola generale il meccanismo della sussunzione non può operare. Come è stato detto, qui la sussunzione opera al rovescio, nel senso che è il fatto a riempire di contenuto la clausola generale. Questo non vuol dire che una questione di fatto nel processo non vi sia, ma essa rileva non al fine della sussunzione. L'accertamento del fatto rileva qui per la stessa formulazione/dichiarazione della norma concreta di diritto. Una *quaestio facti* rimane, perché un fatto da accertare non può negarsi che vi sia, ed entro i limiti del mero accertamento del fatto storico il vizio motivazionale di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c. mantiene il suo spazio. Il fatto è però subito ricompreso nella *quaestio iuris* perché fa corpo unico con la stessa norma applicabile. È il fatto che dà vita alla norma. Identificare modalità impreviste ed arbitrarie, nel recesso di una banca dal rapporto di credito a

---

<sup>67</sup> Cass. 13 dicembre 2010, n. 25144, *id.*, Rep. 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1250; 12 agosto 2009, n. 18247, *id.*, Rep. 2009, voce *cit.*, n. 1484; 21 novembre 2000, n. 15004, *id.*, 2003, col. 1846, con nota di E. FABIANI, *Orientamenti della Cassazione sul controllo delle clausole generali, con particolare riguardo alla giusta causa di licenziamento*.

<sup>68</sup> Cass. 30 marzo 2005, n. 6653, *id.*, Rep. 2005, voce *Cassazione civile*, n. 136; 29 aprile 2002, n. 6224, *id.*, Rep. 2002, voce *cit.*, n. 92.

tempo determinato pur in presenza di una giusta causa, significa aver già valutato come contraria a buona fede la condotta. Accediamo così al secondo elemento di analisi.

La concreta attitudine del fatto ad integrare la norma applicabile, per ipotesi la concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, si pone sul piano del giudizio di diritto, e non del giudizio di fatto. Il fatto che qui rileva non corrisponde alla questione di fatto del processo, la quale resta, come si è detto, riservata all'apprezzamento del giudice di merito (sindacabile ai sensi dell'art. 360, n. 5). Ciò che viene in primo piano è la componente di fatto della norma. È una questione di individuazione e applicazione della norma (concreta) di diritto. La concreta attitudine del fatto ad integrare la norma applicabile corrisponde non all'idoneità del fatto ad essere sussunto nella norma, cui siano imputabili le conseguenze giuridiche, ma all'idoneità del fatto a costituire direttamente l'elemento materiale della norma produttiva degli effetti giuridici. Il fatto non è il caso concreto da sussumere nella norma (astratta), ma la componente di fatto della norma (concreta). Si sta quindi identificando la norma concreta a fattispecie che deve trovare applicazione<sup>69</sup>. Se diritto e fatto sono inestricabilmente fusi non è possibile distinguere, entro i limiti indicati, fra giudizio di fatto e giudizio di diritto. Si tratta quindi di un giudizio di un terzo tipo. Come è stato scritto, emerge «un giudizio “complesso”, che si compone, al contempo, di un “momento di fatto” e di un “momento di diritto”, la cui insindacabilità in sede di legittimità, in presenza di motivazione esente da vizi, non può che essere circoscritta esclusivamente al profilo relativo alla mera ricostruzione del fatto storico»<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Secondo G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali* (Atti del 2° Convegno nazionale della Società italiana degli studiosi del diritto civile, Capri, 18-20 aprile 2006), I, Napoli, 2007, 459, il giudizio di fatto «non si esaurisce nel mero “accertamento di un fatto”, ma comporta appunto (la formulazione di) una “valutazione” (del fatto accertato)... “premessa generale” e “premessa particolare” concorrono, in questo caso, inscindibilmente alla formulazione dell'unico ed unitario giudizio attraverso il quale si “costruisce” la *regula iuris*, destinata a qualificare la concreta fattispecie che viene in rilievo». Per F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, cit., 179 ss. bisogna considerare «la difettosa ricostruzione dei fatti stessi come espressione di una falsa applicazione del principio di buona fede».

<sup>70</sup> E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, cit., 505. Significativa è Cass. 21 novembre 2000, n. 15004, cit., la quale, pur riconoscendo che l'attitudine del fatto a produrre

Nella tradizionale norma a fattispecie la componente di fatto corrisponde ad una classe di azioni o eventi, sicché è possibile distinguere fra il fatto astratto relativo alla classe ed il fatto concreto relativo al caso. L'attitudine del fatto a produrre effetti giuridici è stata già valutata sul piano astratto e generale dal legislatore. La questione di diritto resta come errata individuazione della norma regolatrice della questione controversa o come applicazione in difformità dal suo contenuto precettivo. L'erronea identificazione, nella situazione di fatto in concreto accertata, della ricorrenza degli elementi costitutivi d'una determinata fattispecie normativamente regolata, ovvero della classe di fatti contemplata dalla norma, costituisce evidentemente giudizio di fatto. Nella norma concreta di diritto non c'è distinzione fra il fatto astratto (la classe di azioni o eventi) ed il fatto concreto. Ciò che entra nella norma non è la classe di fatti, ma il fatto concreto: accertare il fatto vuol dire, sotto quest'aspetto, accertare la norma. In sede di formulazione/dichiarazione della norma concreta di diritto si accerta così l'attitudine del fatto a produrre effetti giuridici. L'identificazione dell'elemento di fatto della fattispecie concreta è parte dell'enunciazione della norma perché corrisponde al riconoscimento della sua effettualità giuridica, così come quando il legislatore, disegnando la norma a fattispecie, valuta l'idoneità in astratto della classe di fatti a produrre effetti giuridici. La valutazione del fatto (se ricorra la giusta causa di licenziamento, se vi sia stata violazione della buona fede) è in definitiva oggetto del sindacato di legittimità ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. per violazione di diritto. Il giudizio di fatto non è quindi dissociabile dal giudizio di diritto se non nei limiti dell'accertamento della verifica del mero fatto storico. Tutto deriva dalla concretezza, e non astrattezza, del fatto contemplato dalla norma.

Sotto questo aspetto, nel sindacato di legittimità sull'applicazione di norme elastiche non c'è distinzione fra *ius litigatoris* e *ius constitutionis* e,

---

gli effetti giuridici è demandata all'accertamento del giudice di merito, afferma che le specificazioni del parametro normativo di cui consta la clausola generale hanno natura giuridica e che la loro disapplicazione resta deducibile in sede di legittimità; come chiarisce la medesima pronuncia, tali specificazioni, ed in particolare la fiducia nell'ambito del rapporto di lavoro con riferimento alla giusta causa di licenziamento, vanno modulate in relazione alle circostanze del fatto. In tal modo l'ambito della violazione di diritto denunciabile in Cassazione viene reso strettamente dipendente dalle circostanze di fatto.



con riferimento alla stretta applicazione della norma concreta di diritto, non è neanche configurabile l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge previsto dall'art. 363 c.p.c. Il rilievo consente un chiarimento ulteriore. Quando si denuncia la violazione di una norma elastica ciò che si sta in realtà denunciando è la violazione della norma concreta di diritto. Violare una clausola generale vuol dire violare una norma individuale. Come si è detto all'inizio, il riferimento nell'art. 360, n. 3, c.p.c. alla «violazione o falsa applicazione di norme di diritto» non è limitato alla legge. Se lo spettro della nozione di norma di diritto è inteso in senso lato, ben può in esso essere compresa la norma concreta di diritto, una volta che a quest'ultima sia stata riconosciuta la dignità di norma in senso tecnico. La norma concreta di diritto contempla il «presupposto di legittimità» di cui parla l'art. 30, comma 1, l. n. 183 del 2010, modificato dall'art. 1, comma 43, l. n. 92 del 2012<sup>71</sup>. Il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. va così proposto per violazione o falsa applicazione della norma concreta di diritto. Il quesito è se il giudice, nell'ambito del processo interpretativo di uniformazione all'ideale, abbia correttamente identificato la norma concreta di diritto o l'abbia applicata al pertinente caso. Nei limiti del controllo del procedimento di concretizzazione dell'ideale il giudice di legittimità verifica la coerenza all'ideale del parametro etico-sociale di cui il giudice di merito si sia avvalso. La censura della sentenza di merito per violazione della norma elastica in senso stretto ha un altro significato.

Quando la denuncia di violazione di diritto ha ad oggetto non la norma concreta di diritto ma la norma elastica vuol dire che la violazione attiene

---

<sup>71</sup> La norma prevede quanto segue: «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente. L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto». Si tratta di norma che recepisce l'orientamento giurisprudenziale in punto di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni del datore di lavoro (fra le tante, Cass. 8 agosto 2011, n. 17093, cit.).

all'esistenza dei presupposti per l'applicazione di una norma concreta da identificare mediante l'ideale normativo contenuto nella clausola generale. È la stessa possibilità di applicare una norma concreta di diritto che viene in gioco. La *quaestio iuris* qui è se debba trovare applicazione la norma a fattispecie o la norma concreta identificabile grazie alla clausola generale. Se, ad esempio, la nullità di un contratto possa dipendere dalla violazione della regola di comportamento della buona fede o sia riconducibile esclusivamente alle regole di validità è questione che concerne non l'osservanza della norma concreta di diritto, ma se debba trovare applicazione la norma a fattispecie o se debba darsi avvio al procedimento di individuazione della norma individuale mediante la clausola generale<sup>72</sup>. Se il fatto risulta già disciplinato da una norma a fattispecie è allora quest'ultima che deve trovare applicazione e non può darsi avvio al processo interpretativo guidato dall'ideale di norma per la ragione che il legislatore ha già provveduto alla concretizzazione del valore, specificandolo in relazione ad una determinata classe di fatti. La clausola generale viene così in rilievo solo se manchi la norma a fattispecie applicabile alle circostanze di fatto. Naturalmente, una volta che sia la norma elastica l'oggetto diretto del ricorso ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., torna la distinzione fra *ius litigatoris* e *ius constitutionis* e torna ad essere configurabile il ricorso nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363 c.p.c. Di analogo tenore è l'impugnazione per violazione di legge nel caso di mancata osservanza da parte del giudice dei limiti al sindacato di merito sulle valutazioni che competono al datore di lavoro di cui al citato art. 30, comma 1, l. n. 183 del 2010 (è violazione della norma che vieta l'estensione del sindacato del giudice dall'accertamento del rispetto della norma concreta di diritto alle valutazioni di competenza del datore di lavoro). C'è però la possibilità che anche con riferimento alla norma concreta di diritto si riapra in termini più netti la forbice fra giudizio di fatto e giudizio di diritto. È stato già chiarito che, dopo che grazie all'ideale normativo contenuto nella clausola generale è stata identificata la norma concreta,

---

<sup>72</sup> Sulla nota questione del rapporto fra regole di validità e regole di comportamento in materia contrattuale è sufficiente richiamare Cass. 19 dicembre 2007, n. 26724, *Foro it.*, 2008, I, col. 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*.

anche quest'ultima diventa una norma a fattispecie, e segnatamente una norma a fattispecie concreta, cui ricondurre un fatto che presenti caratteri comuni. Ciò che ora il giudice sta applicando è la regola concreta che governa il gruppo di casi al quale viene ricondotto quello sottoposto al suo esame<sup>73</sup>. In tale evenienza torna la tradizionale elaborazione in materia di norme a fattispecie, e cioè la contestazione di non corretta individuazione della norma (concreta) regolatrice della questione controversa o della sua applicazione in difformità dal suo contenuto precettivo, quale questione di diritto, e l'identificazione, nella situazione di fatto in concreto accertata, della ricorrenza degli elementi costitutivi della fattispecie normativa (concreta), quale giudizio di fatto. Circa l'identificazione del fatto va qui fatta una distinzione. Se l'identificazione del fatto mira all'estrazione in via induttiva dalla congerie di elementi fattuali della norma concreta, giudizio di fatto e giudizio di diritto coincidono e l'identificazione del fatto, quale individuazione dell'elemento materiale della norma individuale, ricade nel sindacato di legittimità. Se invece l'identificazione del fatto è strumentale alla riconduzione del caso a quello precedente nel quale è stato enunciato il principio di diritto corrispondente alla norma concreta, la valutazione attiene alla ricorrenza degli elementi costitutivi della fattispecie normativa (concreta) e corrisponde quindi ad un mero giudizio di fatto, impugnabile ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c. quale vizio di motivazione. Nel momento in cui l'enunciazione giudiziaria della fattispecie normativa concreta diventa il parametro di riconduzione dei successivi casi dotati dei medesimi requisiti fattuali bisogna interrogarsi sulle caratteristiche del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione. Prima dell'ultimo passo dell'indagine conviene però sottolineare che se, come si è sopra evidenziato, con riferimento alle norme concrete di diritto risultanti dal bilanciamento di principi costituzionali si pongono le medesime questioni che emergono a proposito delle clausole generali, anche per il sindacato di legittimità sui modi in cui il giudice dirime la controversia attingendo direttamente ai principi costituzionali bisogna giungere alle conclusioni cui si è pervenuti a proposito di norme elastiche. E quanto si dirà a

---

<sup>73</sup> S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., 71.

proposito di *stare decisis*, per le medesime ragioni tocca anche il fenomeno delle norme concrete di diritto risultanti dal bilanciamento di principi.

#### 7. - Lo *stare decisis* nel *civil law*.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 384 c.p.c. non è una norma. E esso ha una valenza meramente ermeneutica perché esprime la gamma di interpretazioni di cui la norma è suscettibile muovendo dalle circostanze del caso concreto. La legge può attribuirvi efficacia vincolante sul piano del processo, ed è quanto accade con il giudizio di rinvio dopo la cassazione della sentenza impugnata. L'art. 374 c.p.c., sempre al livello processuale, prevede un vincolo meramente negativo<sup>74</sup> per la sezione semplice della Corte di cassazione, la quale, ove ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime la decisione del ricorso. Per il resto il principio di diritto è interpretazione e non norma.

Il principio di diritto enunciato a proposito di norma elastica resta pur sempre formalmente interpretazione e non atto normativo. Il suo termine di riferimento è però non la norma a fattispecie astratta e generale, la quale è suscettibile di uno spettro più o meno ampio di interpretazioni, bensì una norma concreta, la cui interpretazione non è svincolabile dalle circostanze del caso singolo contemplato dalla norma medesima. L'enunciato del principio di diritto corrisponde non ad una delle possibili puntualizzazioni interpretative della norma, bensì direttamente alla norma, ma non nel senso che quell'enunciato abbia efficacia normativa sul piano del sistema delle fonti. L'efficacia normativa è sempre quella della norma (concreta), non del principio di diritto che la enuncia. La norma concreta non è suscettibile di puntualizzazioni interpretative in relazione ai casi perché è già essa, quale norma individuale, una puntualizzazione normativa. Compito dell'interprete è quello di indurre dalle circostanze del caso la norma concreta di diritto cui ricondurre casi che presentano comuni elementi di fatto. Il principio di diritto esprime il «presupposto di legittimità» di cui parla l'art. 30, comma 1, l. n. 183 del 2010. È in pratica la diretta

---

<sup>74</sup> G. AMOROSO, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 2012, 546.

trasposizione del precetto normativo, colto dall'interprete nel magma delle circostanze di fatto, cui ricondurre (e non sussumere) casi che presentino circostanze di fatto comuni per la parte relativa al "presupposto di legittimità". Non c'è una disposizione che trapassi in norma, ma direttamente la norma, la quale si manifesta esclusivamente in sede interpretativa. Quale norma senza disposizione la norma individuale si manifesta infatti solo nel principio di diritto enunciato dalla sentenza. La *vis* normativa non coincide con quest'ultima, ma la sentenza, nella misura in cui il diritto è solo del caso, esprime la norma. In definitiva, il principio di diritto non è attuativo, ma ostensivo della norma.

Il vincolo che a questo punto deriva dalla pronuncia giudiziale non è meramente persuasivo, ma è normativo. Il precedente giudiziario è giuridicamente vincolante perché solo in esso fa la sua apparizione la norma, ma ciò che in realtà vincola non è il principio di diritto, ossia la sentenza, bensì la norma concreta che vi appare. L'efficacia vincolante del precedente giudiziario va così identificata in quella della norma cui viene imputato il principio di diritto <sup>75</sup>. Il giudice è soggetto a quella norma, alla stregua di qualsiasi vincolo di diritto, non solo nel processo in cui ne è invocata per la prima volta l'applicazione, ma anche nei successivi in cui ne è domandata l'applicazione in presenza dei medesimi requisiti fattuali rilevanti. Il provvedimento giurisdizionale che costituisce *res judicata*, nella misura in cui fissa la regola del caso concreto, è formalmente un comando giuridico, che partecipa della natura delle norme <sup>76</sup>. Il vincolo di cui stiamo discorrendo non è però quello del giudicato per le parti, ma quello della norma concreta di diritto, di cui quel giudicato ha fatto applicazione, quale norma che si impone con la propria forza obbligatoria alla generalità dei consociati in presenza di casi ad essa riconducibili. L'efficacia vincolante del precedente giudiziario non è, come si è detto, un attributo della sentenza come tale, ma è l'efficacia normativa del diritto concreto che in quella sentenza si è per la prima volta manifestato a rendere vincolante il precedente. Una volta che quella norma concreta sia

---

<sup>75</sup> A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 2011, 728.

<sup>76</sup> Si tratta di affermazione costante nella giurisprudenza: fra le tante Cass. 3 agosto 2007, n. 17078, *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Cosa giudicata civile*, n. 2, e 3 novembre 2004, n. 21069, *id.*, Rep. 2004, voce *cit.*, n. 50.

stata enunciata, gli altri giudici, alla stessa stregua del giudice che l'ha enunciata, vi sono vincolati per quei casi che hanno in comune i requisiti fattuali rilevanti. Poiché però il rapporto non è fra universale e particolare, come nel caso della sussunzione, ma fra particolare e particolare, si procede attraverso accostamenti per successive approssimazioni, sulla base della tecnica del *distinguishing*. Il rapporto da particolare a particolare è mediato dalla norma concreta che l'interprete estrae dalle circostanze di fatto e a cui va ricondotto il nuovo episodio di vita. È dunque necessario che sia identificabile il "presupposto di legittimità".

Con il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. bisogna dedurre la violazione di una norma di diritto. Deve essere possibile ricavare per via induttiva dal caso una norma che, pur concreta, sia generalizzabile ad altri casi. Se il "presupposto di legittimità" non è identificabile vuole dire che la regola di diritto è talmente avviluppata alle circostanze di fatto che non è possibile estrarne una norma di cui denunciare la violazione. Non siamo qui distanti dall'ipotesi dell'equità. In quest'ultima la non applicazione di norme di diritto giustifica l'incensurabilità ai sensi dell'art. 360, n. 3, e proprio perché la controversia è risolta senza seguire norme di diritto la pronuncia secondo equità è inidonea a costituire un precedente vincolante per le future decisioni. Nel caso di norma di diritto massimamente concreta si ha invece applicazione di una norma ma, essendo quest'ultima integralmente immanente al caso, non è possibile una sua autonoma identificazione. Un ricorso per cassazione che denunci la violazione di una norma non autonomamente identificabile, e perciò insuscettibile di applicazione ad altri casi, è inammissibile per difetto di enunciazione della norma di cui si lamenta la violazione. La mancanza di distinzione fra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*, che caratterizza il giudizio di legittimità su norme concrete, non toglie che una norma sia autonomamente individuabile. La coincidenza di *ius litigatoris* e *ius constitutionis* vuol dire che il caso, sulla base delle circostanze che lo caratterizzano, è di per sé suscettibile di nomofilachia, ed è perciò idoneo a costituire precedente per altri casi<sup>77</sup>. Se la norma non è

---

<sup>77</sup> Come affermato da N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, 82 ss., l'efficacia vincolante del precedente è riposta nell'universalizzabilità della decisione in diritto formulata in ordine al singolo caso.

invece disancorabile dal fatto, non è identificabile quale autonomo precetto di cui denunciare la violazione e non è suscettibile di ulteriori applicazioni. Viene a mancare il lato dello *ius constitutionis*, l'enunciazione di un principio di diritto allo scopo di regolare rapporti ulteriori, e resta solo lo *ius litigatoris*. La pronuncia (stavolta del giudice di merito) è strutturalmente inidonea a fungere da precedente vincolante. Il sindacato di legittimità resterà sul piano della norma elastica e avrà ad oggetto la questione se sia applicabile una norma a fattispecie o possa darsi avvio al procedimento ermeneutico governato dalla clausola generale.

Non è un caso che proprio in materia di sindacato di cassazione relativo a clausole generali si sia proposto di sostituire, quale criterio che traccia i limiti del controllo di legittimità, la distinzione fra questione di diritto e questione di fatto con il c.d. criterio teleologico, e cioè l'idoneità della pronuncia richiesta alla Suprema corte ad assolvere la funzione di nomofilachia <sup>78</sup>. Secondo in particolare la versione del criterio teleologico fattuale, il sindacato di legittimità presuppone che la fattispecie concreta si presenti con caratteri sufficientemente tipici, ossia ripetibili nel tempo. Non è necessario mettere da parte la distinzione fra questione di fatto e questione di diritto. È sufficiente rilevare che un ricorso non in grado di delineare il "presupposto di legittimità" è inammissibile non essendo identificabile la norma di cui si denuncia la violazione.

Ritenevamo che il principio dello *stare decisis* fosse vigente solo nei paesi di *common law*. Come la lettera rubata di Edgar Allan Poe è invece da sempre sotto i nostri occhi, e dovremmo finalmente considerarlo vigente anche nei sistemi di *civil law*. Il principio dello *stare decisis*, nei termini che abbiamo indicato, non trova ostacolo nell'art. 101 della Costituzione. Se ciò che vincola in senso tecnico non è la sentenza ma la norma (concreta) che in essa si manifesta, dobbiamo concludere che il fondamento dell'efficacia vincolante del precedente giudiziario è proprio la soggezione del giudice al diritto.

---

<sup>78</sup> M. DE CRISTOFARO, *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei "concetti giuridici indeterminati" e decisione immediata della causa nel merito*, cit.; più in generale si veda E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, cit., 84 ss. e 120 ss.