

NUMERO 2 - 2014

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

Fabrizio Di Marzio

RINGIOVANIRE IL DIRITTO? SPUNTI SU CONCETTI INDETERMINATI
E CLAUSOLE GENERALI



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

GUIDO ALPA

I “principi generali del diritto civile” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia . p.325

FABRIZIO DI MARZIO

Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali p.339

ENRICO DEL PRATO

Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato p.381

GIOVANNI DORIA

Pluralismo e verità della legge p.393

MARIO LIBERTINI

Contratto di rete e concorrenza p.405

MICHELE PERRINO

La “crisi” delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti) p.435

ANTONIO JANNARELLI

La disciplina delle distanze tra costruzioni tra interessi generali “deboli” ed interessi privati “forti” p.469

FABIO PADOVINI

Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita p.495

ANDREA FUSARO

Linee evolutive del diritto successorio europeo p.509

FEDERICO ROSELLI

La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi p.565

ANDREA PANZAROLA

L'interruzione della prescrizione nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa irrogata da Autorità amministrative indipendenti p.589

Gli Autori di questo fascicolo p.322

Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali

Questo contributo si interessa della indeterminatezza del diritto, caratteristica ineliminabile dovuta all'essere il linguaggio giuridico un semplice linguaggio settoriale rispetto al linguaggio comune. Concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) e clausole generali (*Generalklauseln*) costituiscono i temi più importanti dell'indeterminatezza giuridica. Il lavoro sviluppa la tesi tradizionale per cui mentre i concetti indeterminati si determinano con l'interpretazione sistematica del diritto, invece le clausole generali sono concretizzate a seguito di un apporto valutativo dell'interprete, aperto alla considerazione di materiali extra-giuridici. E cerca di argomentare che non soltanto le clausole generali ma anche i concetti indeterminati si specificano all'esito di valutazioni. Soltanto che la concretizzazione delle clausole generali avviene attraverso non semplici valutazioni, ma attraverso valutazioni di natura essenzialmente morale. Ossia attraverso la individuazione di una regola, di natura morale, relativa al caso concreto. Le considerazioni finali sono riservate alla discrezionalità del giudice, il vero problema di politica del diritto implicato nell'utilizzo delle clausole generali dovuto alla fondamentale funzione da esse svolta di collegare diritto e morale.

This contribution is concerned with the vagueness of the law, a characteristic that cannot be eliminated because legal language is a sectoral language with respect to common language. Unclear legal concepts (unbestimmte Rechtsbegriffe) and general clauses (Generalklauseln) are the most important issues of the vagueness of law. The paper develops the thesis that while the traditional imprecise concepts are determined by the systematic interpretation of the law, the general clauses were implemented as a result of an evaluation of the interpreter, which is open to the consideration of extra-legal materials. It tries to argue that not only the general conditions, but also the imprecise concepts apply to the determination. It is only that the concretization of the general clauses is not just through evaluations, but through assessments of an essentially moral nature. The final considerations identification of a rule, of a moral nature, relating to the case. The final considerations are reserved to the discretion of the court, the real issue of legal policy involved in the use of general clauses due to the critical functions they perform to link law and morality.

Sommario: 1. «*In principio erat sermo*». Purezza del λόγος versus materialità del linguaggio. – 2. Indeterminatezza del linguaggio e dei concetti giuridici. – 3. Gradi di indeterminatezza. La classificazione di Dworkin. – 4. Il rinvio a valutazioni esterne alla disposizione legale. – 5. Concetti indeterminati e clausole generali. – 6. *Ratio* e indeterminatezza. Concetti indeterminati, clausole generali e disposizioni che li contengono. – 7. Determinazione del concetto indeterminato. – 8. Concretizzazione della clausola generale. Sulla discrezionalità del giudice. – 9. Fuga dalle o nelle clausole generali? – 10. A cosa servono le clausole generali.

1. - «*In principio erat sermo*». Purezza del λόγος versus materialità del linguaggio.

Quando Erasmo si trova a difendere la propria traduzione del prologo del Vangelo di Giovanni espone una serie di ragioni che lo avevano indotto a rendere il termine λόγος non, come d'uso, con *verbum* ma – in maniera

decisamente più colloquiale – con *sermo*¹. Il vocabolo greco veicola due famiglie di significati: indica funzioni di calcolo mentale, e anche funzioni comunicative. Proprio queste ultime erano importanti per la missione del Figlio di Dio nel mondo degli uomini: annunciare il vangelo. Dunque, ragionava Erasmo, nella traduzione le funzioni comunicative dovevano essere adeguatamente esaltate. Per rendere il senso del discorso che è racchiuso in λόγος, la scelta si restringeva a quei due termini (con esclusione di altri, come *ratio*, *modus* o *computus*, indicativi di funzioni razionali e di calcolo). *Verbum* indica parti del discorso o singole parole, *sermo* si riferisce invece al discorso nella sua realtà unitaria. Perciò la scelta di *sermo*, termine che richiama il discorso non come insieme di parole ma come flusso comunicativo fatto di parole; e che esalta la parola non in quanto tale ma per come inserita nella relazione che si instaura tra parlante – colui che cerca di persuadere e convincere – ed ascoltatore, il destinatario del discorso.

Non sfuggiva ad Erasmo che *sermo* richiama una particolare dimensione del discorso, quella in cui si realizza l'uso umile e familiare del linguaggio. *Sermo* è fatto non dal linguaggio solenne e ricercato ma dal linguaggio semplice e casalingo delle conversazioni quotidiane. Nell'uso di *sermo* questa umiltà del linguaggio è mostrata e ostentata. La disinvoltura di una simile manifestazione fa tentennare Erasmo, che – preso dall'incertezza – nemmeno nasconde la sua personale preferenza per parole meno volgari. Come *oratio*, che sconosciuta a contadini, maniscalchi e mercanti gli sembra maggiormente adatta alle altezze del discorso divino. Ma l'uso di *sermo* è ampiamente accreditato dalla tradizione cristiana, che riserva al Cristo le parole che circolano sulla bocca degli umili. Così, benché «sermo frequenter sit confabulatio familiariter colloquentium»², la scelta è confermata. Duecentoventi anni dopo, indagando il concetto di λόγος un filosofo inguaribilmente insoddisfatto del linguaggio come Heidegger si sofferma sulla ambiguità determinata dalla coesistenza delle due famiglie di signi-

¹ Cfr. F. DE MICHELIS PINTACUDA, *Tra Erasmo e Lutero*, Roma, 2001, 24 ss. e, nella letteratura più recente, D. DRYSDALL, *The two versions of Erasmus's apologia de in principio erat sermo and the role of Edwy6werd Lee. Proceedings of the Fourteenth International Congress of Neo-Latin Studies*, Uppsala, August 2-8, 2009. *Acta Conventus Neo-Latini Upsaliensis*, Uppsala, 2012, I, 363 ss.

² *Desiderii Erasmi Roterodami Opera omnia*, recognovit Johannes Clericus, Lugduni Batavorum, 1703-1706, IX, col. 114.

ficati, logici e discorsivi, e sostiene che l'ambiguità è solo apparente, visto che il significato fondamentale sarebbe *discorso*. Una precisazione molto importante è che la funzione del discorso è di rendere manifesto ciò di cui si discorre. Tutto quanto è detto nel discorso deve derivare dall'oggetto del discorso stesso. In altre parole, il discorso deve disvelare ciò di cui tratta, illuminare il suo oggetto; deve mostrarne la realtà. Nella proprietà del discorso di disvelare, mostrare e far apparire la realtà del suo oggetto (la realtà delle cose) trova fondamento e giustificazione il significato di λόγος come ragione. Ma, a questo punto, nella stessa pagina del filosofo tedesco risorge l'insuperata ambiguità di λόγος. La ragione delle cose non è ritrovata infatti in alcunché di contingente ed inessenziale. Per Heidegger λόγος mostra non una qualsiasi ragione, ma la ragione ultima ed essenziale: la ragione finale delle cose. Dunque, λόγος come ragione fondamentale; come *ratio*: ordine del mondo; ordine sotteso al mondo; misura di tutto quanto accade³.

La tradizione della lingua umile per parlare dei fatti di questo mondo segna la distanza più grande dai significati di λόγος alternativi a quelli racchiusi in *sermo*, resi in un termine come *ratio* e contenuti nel termine *logica*: in cui, piuttosto che discutere dei fatti di questo mondo, si discute – con una vertiginosa astrazione – del mondo stesso.

L'umiltà, in altri termini, dipende molto dall'oggetto del linguaggio: dalla sua materialità e dalla sua immanenza. Per dire dei fatti che capitano, il linguaggio deve farsi piuttosto approssimativo per necessità; per la necessità di avvicinarsi al suo oggetto: quasi trattenuto rasoterra dalle questioni che tratta. Incapace, a questo punto, di elevarsi alle atmosfere rarefatte e pure (purificate dalla zavorra dei fatti) della *ratio*.

Invece, «Se una proposizione appartenga alla logica si può calcolare calcolando le proprietà logiche del *simbolo*. (...) È quel che facciamo quando dimostriamo una proposizione logica. Infatti, senza curarci di un senso e di un significato [ohne uns um einen Sinn und eine Bedeutung zu kümmern], noi formiamo la proposizione logica a partire da altre regole se-

³ Cfr. M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 2008, 47 ss. (tit. orig., *Sein und Zeit*, Halle, 1927).

condo mere *regole di segni*»⁴. Wittgenstein mette bene in chiaro che la purezza del λόγος è dovuta al distacco del linguaggio dalla materialità e dalle infezioni dell'oggetto. L'univocità si ottiene dal divorzio definitivo tra le parole (i segni di comunicazione) e le cose⁵. Letteralmente fuori dal mondo, il procedimento dimostrativo si svolge in un vuoto spazio mentale e si fonda su assiomi indimostrati. Da questi si avvia il procedimento logico di deduzione di espressioni valide da altre espressioni egualmente valide. L'origine e la natura degli assiomi o delle regole di deduzione sono del tutto indifferenti; la logica è infatti tautologica, espandendosi in un ragionamento che trova la propria giustificazione al suo interno e disinteressandosi di tutto quanto potrebbe essere esterno e portatore di ambiguità. Ciò che conta è il rigore formale del linguaggio, la univocità assoluta del segno. Ma «da dove provengano questi elementi, se siano verità impersonali, pensieri divini, risultati dell'esperienza o postulati dell'autore, è questione che il logico formalista considera come estranea alla sua disciplina»⁶.

Le scienze etiche (inclusi economia e diritto), all'opposto, si giustificano per il contenuto che elaborano: la prassi umana. Il linguaggio è messo a dura prova, è chiamato in causa in tutte le sue possibilità perché possa efficacemente descrivere e rappresentare simili contenuti. Subisce un adattamento rispetto all'oggetto, ma non cambia natura. I linguisti parlano di sottocodice settoriale, per dire dei linguaggi specialistici validi in determinati settori dell'attività umana; sottocodici perché codici non autonomi ma subordinati al codice generale della lingua, ancorché caratterizzati da un lessico aggiuntivo che non viene adoperato nelle comuni conversazioni⁷. Questo è tutto. Siamo ben lontani dai linguaggi formalizzati della logica e della matematica. L'univocità è esclusa *a priori*⁸. La riflessione

⁴ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Torino, 1989, § 6.126 (tit. orig., *Logisch-philosophische Abhandlung*, London, 1922).

⁵ Cfr., in tema, la ricostruzione di M. FOUCAULT, *Le parole e le cose*, Milano, 1978 (tit. orig., *Les mots et les choses*, Paris, 1966).

⁶ C. PERELMAN-L. OLBRECHTS TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 2013, 16 (tit. orig. *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, 1958).

⁷ Cfr. voce *Linguaggio settoriale*, in G.L. BECCARIA (diretto da), *Dizionario di linguistica*, Torino, 1994, 440 ss.

⁸ Cfr., nella letteratura recente, C. LUZZATI, *Principi e princìpi. La genericità del diritto*, Torino, 2012, 74 ss.

etica non può avvalersi – perciò – di dimostrazioni razionali; si sviluppa invece attraverso argomentazioni ragionevoli, secondo il processo di discussione condotto in una comunità (la comunità dell'argomentazione) in cui chi sostiene una tesi la sottopone ad un uditorio che potrà aderirvi o rifiutarla, o presentare obiezioni ⁹.

La concretezza dell'oggetto della discussione e le condizioni stesse dell'argomentazione, finalizzata alla adesione delle menti alla tesi prospettata, arricchiscono di contenuti psicologici (e poi sociali, politici, giuridici e così via) il confronto dialogico ¹⁰. Nello stesso tempo, escludono la possibilità stessa della univocità: giacché il linguaggio in uso non può che essere, nella sostanza, il linguaggio comune (ossia il linguaggio in cui si realizza la prassi umana). Come sentenziò un filosofo (accusato di oscurità nel linguaggio), «Un testo è un testo solo se nasconde, al primo sguardo, la legge della sua composizione e la regola del suo gioco» ¹¹.

2. - Indeterminatezza del linguaggio e dei concetti giuridici.

344

L'indeterminatezza del linguaggio – che è condizione imprescindibile perché il linguaggio possa riferirsi adeguatamente al suo oggetto, ad un oggetto non interno ma esterno ad esso – si trasmette ai risultati della discussione, ossia al lavoro concettuale sviluppato in quei settori della riflessione umana elaborati sulla base del linguaggio. I concetti usati nelle scienze etiche, rapportati ai concetti logici, sono perciò necessariamente indeterminati. Questa indeterminatezza si apprezza in modo particolare raffrontando i concetti etici con i concetti logici: giustizia, crudeltà, lealtà rispetto a, esagono, linea, numero. Ma il riferimento flessibile del linguag-

⁹ Nella prospettiva giuridica cfr. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 497 ss.

¹⁰ Prendiamo il caso di questo articolo e consideriamo i condizionamenti che potremmo genericamente classificare come *giuridici*. Di concetti indeterminati e clauseole generali si può parlare nella teoria del diritto e nelle materie positive. Circa queste ultime, nel diritto civile – sede elettiva del dibattito tra i giuristi – ma anche nel diritto amministrativo e nel diritto penale. E praticamente in ogni branca della scienza giuridica positiva. Ciascuno, però, è più o meno calato in una specifica esperienza. Ed è da quella esperienza, attraverso il linguaggio in uso e secondo i presupposti dogmatici ad essa relativi, che ciascuno prende la parola ed argomenta le sue tesi. In questo lavoro, per esempio, il punto di osservazione è quello della civilistica.

¹¹ J. DERRIDA, *La farmacia di Platone*, Milano, 2007, 51 (tit. orig., *La pharmacie de Platon*, in *La dissémination*, Paris, 1972).

gio al suo oggetto, l'alone di significato rilasciato dai termini dei linguaggi non formalizzati, si percepiscono anche a prescindere da questo paragone. Sono evidenziati dall'effetto di astrazione tipico del linguaggio comune, che riesce a parlare della realtà soltanto ponendosi per così dire a una certa distanza da essa.

Tutto questo vale anche per il linguaggio settoriale del diritto. Però quando si discute di concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) ci si riferisce molto più limitatamente a termini ed espressioni propri non del linguaggio giuridico in generale e in quanto tale, bensì di un particolare linguaggio giuridico: il linguaggio legislativo (dove l'aggettivo va inteso con larghezza, così da eccedere la produzione legislativa ordinaria per ricomprendere la produzione di testi normativi anche sovraordinati o subordinati alla legge ordinaria)¹². In questo senso si discute di concetti indeterminati inclusi nelle disposizioni giuridiche, e perciò giuridici, e si riconduce la questione sul terreno della tecnica legislativa (in genere distinguendo tra legislazione per clausole generali e legislazione per fattispecie determinate)¹³.

L'indagine sui concetti indeterminati inerisce pertanto alla elaborazione, secondo i criteri non della dimostrazione logica ma della argomentazione pratica, di termini usati nei testi legislativi e caratterizzati da una significativa indeterminatezza. Porre il problema dei concetti indeterminati nell'applicazione del diritto¹⁴ richiede allora di ripetere un avvertenza magari ovvia, ossia che questo problema ha senso soltanto se non è assolutizzato. Poiché tutti i concetti giuridici sono (necessariamente) indeterminati¹⁵, l'insieme dei concetti giuridici indeterminati racchiude i concetti

¹² Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di A. Baratta, Milano, 1970, 170, testo e nota 7 (tit. orig., *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956).

¹³ Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., 170 ss. Ai concetti giuridici indeterminati non può dunque equipararsi la categoria della *indeterminate reference* (secondo la terminologia introdotta da J. STONE, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, Stanford-Sydney-London-Bombay, 1964, spec. 263 ss.) elaborati dalla dottrina nordamericana in una esperienza giuridica in cui il diritto è ampiamente di formazione giurisprudenziale.

¹⁴ Una ricostruzione molto attenta del panorama estremamente complesso delle teorie stratificate per gemmazione o antitesi sul tema si legge in E. FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, 183 ss.

¹⁵ Cfr., oltre a K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., 171, T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 352 s.; e poi la riflessione dedicata di C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1999, 4 s.

caratterizzati da particolari qualità di indeterminatezza, da una estensione estremamente marcata dello spazio di determinabilità del concetto medesimo nella applicazione del diritto.

La stessa natura del diritto legislativo implica, assieme al carattere generale delle disposizioni – che normalmente si rivolgono ad intere classi di eventi – e alla finalità di indirizzare le condotte future (come tali non prevedibili nella loro specifica realtà a venire), la necessaria indeterminatezza del linguaggio adoperato¹⁶. Invece, si osserva usualmente, un linguaggio teso ai confini estremi della univocità, pur rimanendo relativamente indeterminato rispetto ai linguaggi formali, implicherebbe una sterminata legislazione per casi, destinata a rimanere gravemente incompleta di fronte alle emergenze della quotidianità (al venir fuori di casi sempre nuovi e diversi rispetto agli innumerevoli già disciplinati). Proprio a causa della sua determinatezza quel linguaggio si mostrerebbe inefficiente allo scopo. «Che cosa hanno guadagnato i nostri legislatori a scegliere centomila specie e fatti particolari e applicarvi centomila leggi? Questo numero non ha alcuna proporzione con l'infinita diversità delle azioni umane» osservava nel 1588 Montaigne; «non si darà (...) che, dei fatti futuri, si trovi uno il quale, in tutto quel gran numero di migliaia di fatti scelti ed elencati, ne incontri un altro a cui possa unire ed appaiare così esattamente, che non vi resti qualche circostanza e diversità che richieda diversa meditazione di giudizio». Per concludere: «c'è poca relazione fra le nostre azioni, che sono in continuo aumento, e le leggi fisse ed immobili»¹⁷.

346

3. - Gradi di indeterminatezza. La classificazione di Dworkin.

Sul tema dei concetti indeterminati nel mondo del diritto può essere utile riproporre le categorie abbozzate da Dworkin, che distingue tra concetti di genere naturale, concetti criteriali e concetti interpretativi¹⁸.

¹⁶ Cosa che, nella dottrina penalistica, è vissuta con accentuata problematicità. Cfr. la riflessione di S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

¹⁷ M. MONTAIGNE, *Saggi*, Milano 1991, 1133 (tit. orig. *Essais*, 1588). Nella letteratura giuridica cfr., per tutti, L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Jus*, 1999, 29 ss.

¹⁸ Cfr. R. DWORKIN, *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, 11 ss. (tit. orig., *Justice in Robes*, Cambridge Mass.-London, 2006).

I primi hanno riguardo ai *fatti naturali*: come animali, metalli, piante. Implementando il gruppo con quello degli artefatti, possiamo definire questo primo insieme, seguendo la terminologia di Searle, come insieme dei *fatti bruti*: degli oggetti esistenti in natura o prodotti nel mondo dall'azione umana (come accade per martelli, toghe e pentole)¹⁹. I secondi hanno riguardo a quelli che, sempre seguendo la terminologia di Searle, possiamo classificare come *fatti istituzionali*, dotati di una ontologia non fisica ma culturale, e tuttavia altrettanto veri e reali quanto i primi (sia pure in senso non naturale ma istituzionale)²⁰. Nelle esemplificazioni si parla spesso di matrimoni, governi, società, fondazioni e cose del genere. In questa categoria rientrano tutti i concetti di matrice giuridica (come inadempimento, possesso, prestazione, prescrizione, delitto)²¹. I terzi hanno riguardo ai concetti della morale pubblica e privata attraverso i quali ci interroghiamo sulla prassi umana (si fanno gli esempi di giustizia, libertà, uguaglianza, democrazia, crudeltà e insensibilità).

Le scienze esatte o quantitative hanno molto da dire sui concetti di genere naturale, proponendo analisi sempre più sofisticate sui fatti a cui tali concetti sono riferiti (indagando la realtà della materia dalle particelle ai buchi neri). In tema di artefatti, la dimensione scientifica sarebbe ampiamente assorbita da quella tecnologica, e il discorso sull'essenza ultima sarebbe risolto *a priori* poiché gli artefatti sono costruiti per assolvere alle funzioni tipiche loro attribuite (come le penne, se usate per scrivere). Non hanno, invece, molto da dire sui concetti criteriali e sui concetti interpretativi, considerata la natura esclusivamente qualitativa degli stessi, e in

¹⁹ Nella teoria giuridica questi concetti vengono anche detti *descrittivi* (cfr. K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., 172 ss.).

²⁰ Cfr. J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 2006, 36 ss. (tit. orig. *The Construction of Social Reality*, New York, 1995).

²¹ Nella teoria giuridica questi concetti, relativi a fatti istituzionali, vengono anche detti *normativi*, per distinguerli dai precedenti, semplicemente *descrittivi* (cfr. sempre K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., 172 ss.). Si tratta di un modo diverso di guardare le cose: interno al diritto, e perciò meno adatto di quello seguito nel testo a cogliere i fenomeni nella effettiva complessità. Normalmente un fatto istituzionale ha una ontologia non esclusivamente giuridica, la quale pone il problema della delimitazione della sua rilevanza nel mondo del diritto. Un esempio evidente è dato dal concetto di *matrimonio*, e dal dibattito sul matrimonio tra soggetti omosessuali (ossia sul riconoscimento giuridico di pratiche sociali di stampo matrimoniale tra soggetti omosessuali). Perciò è preferibile limitare l'uso del sintagma *concetti normativi* ai fatti istituzionali di natura esclusivamente giuridica (come pubblico ufficiale; contratto per persona da nominare; accolto).

breve considerato il fatto che entrambe queste categorie di concetti si richiamano a valori (mentre i concetti interpretativi costituiscono essi stessi il proprio oggetto senza che possa individuarsi un fatto, brutto o istituzionale, adatto a ricoprire tale posizione).

Seguendo questo schema, possiamo notare come i concetti di genere naturale possono essere ragionevolmente determinati (ma mai così univoci come sono gli assiomi della logica formale, essendo comunque descritti dal linguaggio comune). I concetti criteriali possono essere indeterminati in diversa misura – e lo saranno di necessità quando non concernono elementi di scienze esatte – e possono scontare un grado maggiore o minore di indeterminatezza. Per usare gli esempi di Dworkin, il concetto di triangolo equilatero è univoco; il concetto di celibato è moderatamente determinato (essendo scarsi i casi dubbi ipotizzabili a riguardo); il concetto di matrimonio è moderatamente indeterminato (considerata la disputabilità delle unioni di persone che, secondo i costumi e le tradizioni culturali, possono essere legittimamente ricomprese nel concetto). I concetti interpretativi sono invece notevolmente indeterminati, giacché all'accordo sul significato del concetto in generale possono seguire le applicazioni più disparate. Su concetti del genere possono elaborarsi le concezioni più varie e confliggenti. È quanto accade per le concezioni sulla giustizia. Esistono infatti, in assoluto – ossia prescindendo dalle caratteristiche storiche e culturali dei singoli contesti in cui avviene la specificazione del concetto – tantissimi modi di intendere nel caso concreto un certo fatto, per esempio, come giusto o ingiusto. Tutto dipenderà dalla concezione accolta del concetto di giustizia.

I problemi posti nella scienza giuridica dai concetti indeterminati (che non siano tali esclusivamente per un uso impreciso del linguaggio, bensì in dipendenza delle caratteristiche essenziali del concetto medesimo) si collocano quasi esclusivamente nella categoria dei concetti interpretativi, secondariamente nell'ambito dei concetti criteriali e soltanto in ultimo nell'ambito dei concetti naturali.

L'indeterminatezza del concetto dipende dalla natura qualitativa dello stesso, che resta intraducibile in termini puramente quantitativi. Non deve perciò trarre in inganno la formulazione in termini quantitativi di concetti in realtà qualitativi. Limitando gli esempi a problemi di equilibrio contrat-

tuale – particolarmente illuminanti sul punto – concetti come *inadempimento di non scarsa importanza*, *significativo squilibrio* o *squilibrio eccessivo* tra i diritti e gli obblighi assunti nel contratto; *eccessiva onerosità sopravvenuta* o *impossibilità della prestazione* e così via non impongono di svolgere misure ma di valutare la qualità delle contrapposte posizioni. Ciò che conta è l'importanza dell'inadempimento, la significatività dello squilibrio, la rilevanza delle modificazioni del rapporto tra le prestazioni contrattuali nel tempo, l'irragionevolezza di una pretesa anche materialmente eseguibile (e dunque non logicamente impossibile). Tutte caratteristiche da valutarsi non in astratto ma con attenzione al caso concreto, alla particolare qualità (natura) del fatto che cade in questione.

4. - Il rinvio a valutazioni esterne alla disposizione legale.

Se volessimo avventurarci in classificazioni (senza alcuna pretesa di esauritività, ma per scopi essenzialmente argomentativi), potremmo osservare che nelle disposizioni legali i concetti indeterminati possono richiedere, per la loro precisazione, l'utilizzo di valutazioni di varia natura, potendo anche essere formulati come locuzioni valutative (ordine pubblico, buon costume, buona fede, comune sentimento del pudore, grave motivo, adeguatezza contabile, normale tollerabilità, ecc.)²². Può trattarsi di valutazioni giuridiche innanzitutto, ma non solo. Può infatti trattarsi anche di valutazioni economiche, tecnico-scientifiche, e inoltre di valutazioni estetiche o culturali in senso ampio, e infine possono richiedersi giudizi morali²³.

²² Sul concetto di *espressione valutativa* (quale espressione il cui significato può essere determinato soltanto con il riferimento a certi parametri richiamati dall'espressione medesima) cfr. U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, 1962, 56 s.; più recentemente, G.H. VON WRIGHT, *Valuations - or How to Say Unsayable*, in *Ratio Juris*, 13, 2000, 347.

²³ Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., 174 s., che tuttavia ritiene che per i concetti descrittivi non si richiedano operazioni valutative, invece necessarie per i concetti normativi. In realtà tutti i concetti indeterminati richiedono valutazioni. I concetti propriamente normativi (i fatti istituzionali di natura normativa) richiedono valutazioni di natura giuridica; i concetti naturali (i fatti bruti, ma anche i fatti istituzionali) possono richiedere valutazioni di natura sociale o tecnico-scientifica o morale ecc. Con riguardo alle valutazioni extra-giuridiche cfr. A. FALZEA, *Prassi giuridica*, in *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, 443 ss., secondo cui «Le regole dei sistemi culturali esterni al diritto costituiscono (...) criteri di determinazione delle regole giuridiche».

Vale la solita avvertenza: poiché tutti i concetti giuridici sono in varia misura indeterminati, tutte le disposizioni legali richiedono per conseguenza valutazioni di vario tipo per la determinazione delle proprie componenti, ciascuna in misura maggiore o minore necessariamente indeterminata. Nel caso dei concetti particolarmente indeterminati, presi di mira in questo lavoro, quelle valutazioni assumono una inusitata importanza nel processo di applicazione del diritto al fatto. Tanto che è essenzialmente in ragione di tale valutazione che il diritto si applica al fatto.

Ciò posto, i concetti indeterminati che rinviano a valutazioni giuridiche impongono valutazioni giuridiche costitutive della norma. Si possono esemplificare i concetti di *giusta causa*, *giustificato motivo* e *motivo legittimo*. In questo ambito si collocano i concetti normativi, ossia i termini ed espressioni di contenuto esclusivamente giuridico che richiedono una valutazione di natura giuridica per la integrazione del contenuto (come per i concetti di *cosa altrui* e di *pubblico ufficiale*)²⁴. In questo ambito si collocano anche le formule aperte, con la quale espressione si è proposto di indicare concetti come *natura*: del contratto, dell'oggetto, dell'affare²⁵.

I concetti indeterminati che rinviano a valutazioni tecnico-scientifiche impongono valutazioni tecnico-scientifiche costitutive della norma. Come accade con il richiamo alla *perizia* relativa all'esercizio di una determinata professione, che richiede sempre di considerare – accanto a profili morali quali la cura e l'attenzione nell'esecuzione della prestazione – protocolli operativi e regole tecniche di esecuzione, e come implicano formule quali *stato della scienza e stato della tecnica*²⁶.

I concetti indeterminati che rinviano a valutazioni estetiche o culturali in senso ampio impongono valutazioni estetiche o culturali in senso ampio costitutive della norma²⁷. Come accade per l'individuazione del concetto di *opera d'arte*.

²⁴ Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., 171 ss.; A. GUARNERI, voce *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, 403.

²⁵ Cfr., per es., G. ALPA, *Le formule aperte*, in Id. (a cura di), *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, Torino, 2000, 103 ss.

²⁶ Cfr. H. PLAGEMANN-R. TIETZSCH, «*Stand der Wissenschaft*» und «*Stand der Technik*» als *unbestimmte Rechtsbegriffe*, Tübingen, 1980, 20 ss.

²⁷ Il generale concetto di *cultura* (in realtà inclusivo anche di tutto quanto sia prodotto dall'elaborazione giuridica) potrebbe in questa sede essere introdotto richiamando le considerazioni di A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in Id., *Ricerche*, cit., 189 ss.

I concetti indeterminati che rinviano a valutazioni morali impongono valutazioni morali costitutive della norma. Come capita per i concetti di *comune senso del pudore, osceno, condotta riprovevole, motivi abietti o futili* ²⁸. Ogni classificazione, e dunque anche questa, va considerata con grande prudenza. Non soltanto perché difficilmente potrebbe essere veramente esaustiva, e ancor più difficilmente potrebbe aspirare a durare apprezzabilmente nel tempo (in considerazione della evoluzione della materia che ne costituisce oggetto); ma anche perché, se consente un guadagno esplicativo, questo risultato è ottenuto sacrificando in parte la effettiva complessità del fenomeno. Nel reale funzionamento del giudizio, i concetti indeterminati possono sovente rinviare a più valutazioni combinate tra quelle indicate. In questi casi si impongono corrispondenti valutazioni costitutive della norma. Così, stabilire se il contenuto di una fotografia può dirsi osceno o pornografico o invece artistico (e per ciò stesso insuscetibile di essere semplicisticamente qualificato come osceno o pornografico, e tale da accedere allo statuto giuridico dell'opera d'arte) occorrerà svolgere complesse valutazioni di ordine estetico/culturale e insieme di ordine morale.

L'attività di precisazione o determinazione del concetto indeterminato con riguardo ad un certo fatto storico implica sempre un giudizio di valore: una valutazione che concretizza il significato della disposizione legale stabilendo la norma del caso concreto. Per stabilire che un regolamento

²⁸ Cfr. SANTI ROMANO, *Diritto e Morale* (1944), in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1983, 74 s. Così, la circostanza aggravante del motivo abietto o futile (cfr. art. 61, n. 1, c.p.) impone valutazioni di natura strettamente morale sulle ragioni soggettive della condotta criminale le quali stabiliscono la ricorrenza o meno dell'aggravante nel caso concreto. Cfr. Cass. pen., sez. I, 4 dicembre 2013, n. 51059: «La circostanza aggravante dei motivi futili sussiste quando la determinazione criminosa sia stata causata da uno stimolo esterno così lieve, banale e sproporzionato rispetto alla gravità del reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa, tanto da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale (nella specie, l'imputato aveva tentato di uccidere la figlia perché si era sentito disonorato dalla giovane, la quale non solo aveva avuto rapporti sessuali senza essere sposata e da minore, ma aveva avuto tali rapporti con un giovane di fede religiosa diversa, violando quindi anche i precetti dell'Islam. A detta della Corte, per quanto i motivi che avevano mosso l'imputato non fossero assolutamente condivisibili nella moderna società occidentale, gli stessi non potevano essere definiti futili, non potendosi definire né lieve né banale la spinta che ha mosso l'imputato ad agire)». In tema cfr. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 436 ss.

contrattuale sia significativamente o eccessivamente squilibrato, che un inadempimento sia grave, che la causa del recesso o della licenziamento sia giusta, che la condotta sia negligente, oppure che il comportamento sia contrario a buona fede, che il contratto urti il buon costume, per fare tutto ciò bisogna formulare giudizi di valore.

L'opera di valutazione, il giudizio, realizza non solo una specificazione del significato potenziale della regola generale applicata al caso concreto, ma anche una integrazione della regola medesima: che da disposizione generale diventa norma singolare, destinata a disciplinare uno specifico fatto storico. Norma costruita anche in ragione delle caratteristiche del fatto medesimo.

5. - Concetti indeterminati e clausole generali.

Occorre riservare qualche ulteriore attenzione ai concetti indeterminati che usualmente sono classificati come clausole generali. Anche le clausole generali sono caratterizzate da una notevole indeterminatezza; perciò è legittimo riferirsi ad esse adoperando concezioni larghe (e non ulteriormente specificate che in ragione dell'elevato grado di indeterminatezza) dei concetti indeterminati ²⁹.

Ciò posto, la dottrina si è a lungo interrogata, e ancor oggi si interroga sulle differenze che corrono tra i concetti giuridici indeterminati (rigorosamente intesi) e le clausole generali: comunque avvertite come qualcosa di diverso dai primi e alternativamente concepite: come una ulteriore e diversa categoria rispetto a quella dei concetti giuridici indeterminati, oppure come una specie della generale categoria dei concetti giuridici indeterminati, qualificata dal particolare modo di essere della loro indeterminatezza. Se quest'ultima opzione appare preferibile, poiché non trascura il profondo nesso che corre tra concetti giuridici indeterminati e clausole generali in ragione del carattere comune dato dalla notevole indeterminatezza di entrambi, nondimeno le clausole generali si caratterizzano per specificità ulteriori, che devono essere messe in chiaro.

²⁹ Lo stesso K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., 199 ss. parla ampiamente di concetti giuridici indeterminati, pur distinguendo all'interno di questa vasta categoria da un lato i concetti normativi in senso stretto e dall'altro i concetti normativi bisognosi di integrazione valutativa, rimessa all'interprete (i quali sono clausole generali).

Le clausole generali estremizzano l'indeterminatezza dei concetti in cui consistono; si osserva che mentre i (gli altri) concetti indeterminati conserverebbero un nucleo di significato giuridico sufficientemente determinato, invece le clausole generali ne sarebbero prive, esaurendosi senza riserve nel rinvio a concetti extra-giuridici³⁰; modo di vedere che si innesta sull'idea, più generale, delle disposizioni che includono clausole generali come norme a fattispecie aperte, ossia integrate dall'esterno (con materiali etici, culturali ecc.); norme che, in quanto composte anche da clausole generali, espongono non soltanto una indeterminatezza di natura linguistica – come accade in genere per i concetti giuridici indeterminati – ma anche una indeterminatezza sul piano valoriale, in quanto al giudice è richiesto di operare autonomamente un giudizio di valore: giudizio non effettuato, preliminarmente, dal legislatore (e dunque non riconducibile alla disposizione legale o al sistema alla luce del quale tale disposizione deve essere interpretata e ricostruita) ma autorizzato dalla disposizione medesima nel richiamo alla clausola generale³¹.

Si osserva, a tal riguardo, che nel caso dei concetti indeterminati l'indeterminatezza rimane ad un livello esteriore e dipende semplicemente dalla circostanza che il termine valutativo evoca con una forma generale un insieme di casi già ben individuabili attraverso la interpretazione sistematica (si fa l'esempio del *motivo legittimo* che autorizza, ai sensi dell'art. 1206 c.c., il creditore a rifiutare l'adempimento, evidenziando come si tratti di una formula che sintetizza l'insieme delle regole legali in materia di adempimento la cui disattenzione integra il motivo legittimo in parola). Invece, nel caso delle clausole generali, l'indeterminatezza investe il contenuto del concetto medesimo, integrato nel caso che si presenta dalla valutazione non del legislatore ma del giudice, che prescindendo dalla ricostruzione sistematica delle valutazioni giuridiche già effettuate dal legislatore, e

³⁰ Cfr. R. WEBER, *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, in *AcP*, 192, 1992, 524.

³¹ Cfr., variamente, J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1974, 150; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 539 ss.; ma soprattutto L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *ivi*, 1986, 5 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1 ss. Nella dottrina recente cfr. G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, 2007, 436 ss.

dunque prescindendo da valutazioni legali e invece ponendo in essere valutazioni extra-legali, integra il contenuto della disposizione inclusiva della clausola generale ³².

Sfumare di grado e di caratteri l'una e l'altra indeterminatezza non consente però di stabilire confini solidi e netti tra concetti e clausole. Distinguere indeterminato da indeterminato (tra indeterminatezza esteriore, ossia relativa alla tecnica di formulazione del concetto, ed interiore, o contenutistica) resta una operazione non soltanto difficile ma anche altamente opinabile perché – come accennato nel § precedente – valutazioni di carattere extra-legale costitutive della norma sono usualmente necessarie per la determinazione dei concetti giuridici indeterminati generalmente intesi ³³.

Secondo una concezione molto diffusa, le clausole generali si distinguerebbero inoltre dai concetti indeterminati in senso stretto in quanto la indeterminatezza delle prime discenderebbe da una scelta di tecnica legislativa. Si rimarca come la disposizione non venga costruita seguendo il metodo casistico (ossia la elencazione di casi), ma attraverso un metodo descrittivo di grande generalità, che abbraccia un numero imprecisato di casi attraverso una descrizione unitaria della fattispecie ³⁴ (come nell'art. 2043 c.c., che configura la fattispecie fatto ingiusto descrivendone gli elementi costitutivi e non elencando casi di ingiustizia) ³⁵. Se però si prescinde dalla tecnica di costruzione della disposizione e si bada al risultato, la clausola generale si mostra indeterminata così come i concetti (parimenti) indeterminati (che siano inclusi o meno in una elencazione). L'osservazione che privilegia la scelta della tecnica legislativa, in altri termini, non riesce a dar conto di una diversità fondamentale tra clausole

³² Cfr. G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, 1707.

³³ Cfr. anche le osservazioni di C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. critic. dir. priv.*, 1986, 21 ss.

³⁴ Cfr. ancora K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., 192 ss. e, per la dottrina successiva, la rassegna critica in E. FABIANI, voce *Clausola generale*, cit., 191 ss.

³⁵ In realtà è molto discusso se la ingiustizia del danno di cui discorre l'art. 2043 c.c. integri una clausola generale piuttosto che, molto diversamente, una regola generale (cosa che avverte sulla non decisività del criterio distintivo dato dalla tecnica di legiferare per norme generali). Usualmente si richiamano, per la tesi affermativa, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 116; per la tesi opposta, C. CASTRONOVO, *Problema al sistema nel danno da prodotto*, Milano, 1979, 109 ss.

generali e concetti indeterminati. Pertanto, non dovrebbe essere utilizzata al fine di tracciare un discrimine risolutivo, o anche solo importante.

La non decisività degli sforzi finora compiuti per segnare una distinzione netta tra il territorio dei concetti giuridici indeterminati in generale e l'area occupata dalle clausole generali, sia che quest'ultima voglia essere considerata come realtà del tutto diversa dalla prima o come sottoinsieme del più ampio insieme dei concetti giuridici (comunque) indeterminati, hanno indotto l'idea che vere e proprie differenze tra clausole generali e concetti indeterminati non siano effettivamente rintracciabili ³⁶.

Una tesi tradizionale individua la distinzione sul piano strutturale. Il concetto indeterminato si apprezzerrebbe nel contesto della fattispecie, mentre la clausola generale sarebbe in se stessa una norma giuridica ³⁷. Si potrebbe dire: il concetto indeterminato comporrebbe la fattispecie; varrebbe come elemento di fattispecie (della fattispecie più ampiamente descritta nella disposizione che contiene il concetto indeterminato); invece la clausola generale costituirebbe una norma senza fattispecie, essendo il contenuto della disposizione determinato dal significato che in concreto assume la clausola generale in sede applicativa. Ma lo stesso diritto positivo offre esempi evidenti di come le stesse clausole generali possano valere come elementi di complesse fattispecie legali. Esemplare, a tal riguardo, il caso della buona fede contrattuale. Mentre nel codice civile questa clausola generale si presenta in disposizioni a fattispecie aperte o, meglio, senza fattispecie (che cioè esauriscono il proprio contenuto precettivo nell'imporre il rispetto della clausola generale medesima: come negli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.), invece nei contratti del consumatore l'obbligo di lealtà si presenta come elemento della più vasta fattispecie

³⁶ Cfr. S. RODOTÀ, *Le clausole generali*, in G. ALPA-M. BESSONE, *I contratti in generale*, I, Torino, 1991, 389 ss. Sulla tendenza ad assimilare i due fenomeni anche nella scienza penalistica cfr. D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 novembre 2012, 6 ss. Anche nella prospettiva della filosofia del diritto analitica è testimonianza di sostanziali sovrapposizioni tra i due concetti. Cfr. per es. V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 62 ss., che all'esito dell'esame critico degli usi linguistici ricorrenti nella cultura giuridica italiana contemporanea descrive la clausola generale come quel termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminazione e determinabile attraverso criteri e parametri di giudizio interni o anche esterni al diritto.

³⁷ Cfr. S. KAMANABROU, *Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln*, in *AcP*, 202, 2002, 662 ss.

costituita dalla clausola abusiva (come nell'art. 33 del codice del consumo³⁸).

Nondimeno, l'intuizione di ricercare il criterio distintivo tra concetti indeterminati e clausole generali sul piano strutturale si mostra indovinata. In numerose ipotesi usualmente ricondotte al concetto di clausole generale è possibile notare una caratteristica qualificante della indeterminazione che si evidenzia proprio sotto il profilo strutturale. Mentre i concetti indeterminati implicano una valutazione esterna, anche di natura extra-giuridica, costitutiva della norma nel caso considerato, invece le clausole generali in questione implicano non, semplicemente, una valutazione integrativa, ma qualcosa di più complesso, di cui quella valutazione consta: l'elaborazione di una vera e propria regola di condotta del caso concreto integrativa della disposizione che contiene la clausola generale³⁹. Intuitivamente, il concetto di *opera d'arte* implica una valutazione di ordine estetico/culturale, il concetto di *correttezza* implica invece la configurazione di una precisa condotta doverosa (la condotta che appare corretta in relazione al caso concreto).

Il lavoro necessario per individuare il contenuto della clausola generale in relazione al fatto storico che deve essere disciplinato è detto usualmente

³⁸ Che non si limita a definire abusiva la clausola contrattuale contraria alla buona fede, richiedendo oltre a tale contrarietà anche l'effetto della clausola di determinare un significativo squilibrio di diritti e obblighi contrattuali a vantaggio del professionista e a svantaggio del consumatore. Forse non è inutile ricordare che il richiamo letterale di cui all'art. 33 del codice consumo alla buona fede soggettiva è comunemente interpretato come inteso alla buona fede oggettiva. Le feroci critiche che hanno colpito il legislatore italiano per la disposizione oggi contenuta nell'art. 33 del codice del consumo, in cui per un originario errore di traduzione il riferimento, contenuto della direttiva sulle clausole abusive alla buona fede oggettiva, è reso alludendo alla buona fede soggettiva, non sono mai venute meno nonostante il trascorrere degli anni. Del resto mai è stato revocato seriamente in dubbio che nel caso si tratti della buona fede oggettiva [cfr., a titolo di esempio, G. DE CRISTOFARO, *Il contratto dei consumatori*, in G. AMADIO-F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, Bologna, 2014, 938]. Ed è notevole che a nulla sia valsa la presa di posizione a favore della interpretazione nel senso della buona fede soggettiva contenuta nella relazione illustrativa del codice del consumo, dove si legge che «Il testo attuale offre un maggiore livello di tutela al consumatore, permettendo di qualificare come abusive le clausole contrattuali che determinano un significativo squilibrio tra le prestazioni, in danno del consumatore, nonostante la buona fede soggettiva dell'altro contraente, senza richiedere l'accertamento ulteriore della violazione delle regole della buona fede» oggettiva.

³⁹ Cfr. le ricostruzioni offerte da R. WEBER, *Einige Gedanken zur Konkretisierung*, cit., 549 ss.; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 66 ss.

concretizzazione della clausola generale ⁴⁰. Si dice pure che la concretizzazione delle clausole generali implica una integrazione valutativa del contenuto della disposizione (attraverso l'attribuzione di significato alla clausola generale in essa contenuta). Con questa espressione si intende alludere alla delega al giudice, contenuta nelle clausole generali, della ricerca di valori fuori dai confini dell'ordinamento positivo ⁴¹.

Nella prospettiva che stiamo seguendo, non è esattamente questa l'operazione richiesta al giudice. Egli non deve ricercare semplicemente un valore, e non deve esprimere una valutazione con riguardo ad un concetto indeterminato contenuto in una disposizione. Fino a quel punto l'operazione interpretativa si esaurisce nella specificazione di un concetto indeterminato nel caso concreto. Egli deve invece fare qualcosa di più: elaborare una vera e propria regola di condotta di natura extra-giuridica, alla luce della quale disciplinare il caso concreto (cfr. § successivo). In breve, si tratta di definire lo specifico significato che la disposizione che include la clausola generale assume nel caso concreto. Per individuare il contenuto della norma che disciplina il nostro caso, è necessario procedere all'isolamento non, semplicemente, di un valore in quanto tale (come, ad esempio, la giustizia) ma di una regola non giuridica espressiva di un valore (come, ad esempio, comportarsi in modo conforme a giustizia). Nel caso del nostro esempio, una regola morale che, introiettata dal diritto attraverso la previsione della clausola generale in una più ampia disposizione, è destinata ad integrare il precetto di quest'ultima.

L'obbligo del debitore e del creditore di comportarsi secondo buona fede, rapportato ad un caso reale, impone di individuare la concreta regola di condotta corrispondente alla buona fede con riferimento a quel caso particolare. La disposizione inclusiva della clausola generale di buona fede rende la regola di condotta, di rilevanza in se stessa esclusivamente morale, rilevante per il diritto. Si ottiene così la regola del caso concreto. Una cosa è verificare se un artefatto possa definirsi culturalmente valido in quanto artistico e altra cosa è stabilire se, in una data situazione sostanziale, le parti del rapporto obbligatorio si siano comportate correttamente

⁴⁰ Cfr., per tutti, S. PATTI, *Ragionevolezza*, cit., 34 ss. e la letteratura ivi richiamata.

⁴¹ Cfr. ancora G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, cit., 1704 ss.

(come impone l'art. 1175 c.c.) o invece abbiano violato i canoni della condotta di buona fede richiesta in quel caso; o se, in una data situazione processuale, le parti del processo si siano comportate con lealtà e probità (come impone l'art. 88 c.p.c.) oppure slealmente. Nel primo ordine di evenienze l'interprete dovrà svolgere valutazioni estetiche e culturali, per verificare l'esatta consistenza, nel caso concreto, del concetto indeterminato incluso nella disposizione: così da stabilire la norma particolare su un determinato artefatto come artistico o meno. Nel secondo ordine di evenienze l'interprete non potrà limitarsi a questo, se vorrà stabilire che un determinato comportamento corrisponde o meno alla regola della correttezza sostanziale o processuale. Dovrà infatti procedere alla individuazione di una vera e propria regola di condotta di natura morale: l'agire corretto e rispettoso della buona fede, della lealtà e della probità, nella concreta situazione data. Alla individuazione di quella regola – che integrerà la disposizione contenente la clausola generale e così facendo la concretizzerà per mezzo della regola morale del caso concreto divenuta rilevante sotto il profilo giuridico perché integrata in una disposizione di legge – corrisponderà il giudizio di conformità o non conformità della condotta storica alle attese del diritto per come ricostruite secondo questo procedimento ⁴².

Nel vasto insieme dei concetti indeterminati è perciò possibile distinguere i concetti che implicano, semplicemente, valutazioni (di natura legale e anche di natura extra-legale) dai concetti che implicano la identificazione di una vera e propria regola (di condotta) di natura extra-legale, e potremmo dire di natura non giuridica, ma morale (e in realtà in qualche misura anche tecnica, economica, ecc.).

Secondo questa distinzione, possiamo riservare la qualificazione di clausole generali alla seconda specie di concetti. Per usare una espressione di

⁴² Per restare sull'esempio già proposto, una cosa è chiedersi se una certa fotografia valga come opera d'arte, un'altra è chiedersi se la stessa abbia contenuto pornografico e debba valutarsi come oscena a fini rilevanti per il diritto. Nel primo caso occorre svolgere una valutazione di ordine estetico/culturale, nel secondo deve effettuarsi una valutazione morale: ossia deve individuarsi una regola morale che funzioni come parametro per valutare la condotta realizzativa del prodotto. Se volessimo chiederci se quella stessa fotografia abbia valore artistico o sia semplicemente oscena, dovremmo integrare i due ordini di valutazioni per verificare se e in che misura possa individuarsi una regola morale e come rispetto ad essa operi la valutazione di ordine estetico/culturale.

Betti (da lui riferita ai principi generali del diritto), le clausole generali se poste a confronto con il contenuto di altre norme (comprese quelle recanti concetti indeterminati) sono caratterizzate da una eccedenza di contenuto assiologico⁴³, contenuto che deve intendersi integrato non semplicemente da una valutazione extra-giuridica, ma da una *regola* (del caso concreto) di natura extra-giuridica, ed essenzialmente di natura morale.

Questa concezione delle clausole generali – che pone in chiaro quanto è implicito, ma facilmente ricavabile, da talune visioni secondo cui l'integrazione valutativa avviene, per le clausole generali, attraverso l'applicazione di principi, canoni o regole extra-giuridici⁴⁴ – consente una buona individuazione delle stesse rispetto al più vasto insieme dei concetti indeterminati in quanto evidenzia una diversità non di origine né di grado o tipo di indeterminatezza ma di struttura, destinata a conservarsi e a influenzare il funzionamento del concetto indeterminato-clausola generale nel contesto della disposizione legale.

Possiamo allora concludere che i concetti indeterminati che sono clausole generali impongono non semplicemente valutazioni (anche extra-giuridiche), ma per di più la definizione di regole di condotta di natura essenzialmente morale costitutive della norma (di natura) giuridica destinata a disciplinare il caso concreto.

6. - *Ratio* e indeterminatezza. Concetti indeterminati, clausole generali e disposizioni che li contengono.

Torniamo ad Heidegger. Il significato di λόγος, apparentemente divaricato tra funzioni di calcolo razionale e funzioni discorsivo-comunicative, sarebbe in realtà univoco e non presenterebbe problemi perché nel nostro caso *discorso* deve intendersi non nel senso diffuso della esposizione di un pensiero mediante parole bensì nel senso molto più impegnativo del disvelamento del fondamento di tutto ciò che è, del mondo. Insomma, scoperta o rivelazione della ragione ultima delle cose. Perciò λόγος può tradursi con *ratio*. Attraverso il discorso, e la costruzione linguistica del

⁴³ Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, a cura di G. Crifò, Milano, 1971, 316.

⁴⁴ Cfr., per es., G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, cit., 445.

pensiero che questa pratica consente, si costruisce il concetto del mondo, l'apparato concettuale che rispecchia il mondo. Così, λόγος è comunicazione del pensiero sul mondo.

La formidabile costruzione del concetto, la progressiva elaborazione concettuale del mondo, impone di considerare i due versanti di λόγος: calcolo e parola. È proprio attraverso il linguaggio che dall'osservazione dei fatti può giungersi a costruzioni concettuali delle cose. I gradi di astrazione realizzati in questo processo hanno molto a che fare con la indeterminazione dei concetti.

Questo è vero anche nel mondo del diritto, dove pure l'indeterminatezza del concetto non dipende, esclusivamente, da esigenze di natura pratica sulla efficienza e sulla concreta utilizzabilità della legislazione, cari a Montaigne. I concetti giuridici indeterminati esprimono dopotutto una qualità, pur essa di natura concettuale, data dalla progressiva elaborazione del diritto e dei concetti giuridici e testimoniata dalla astrazione di tali concetti conseguente a quello che tradizionalmente potremmo chiamare lavoro dogmatico dei giuristi e sistemazione del diritto da parte della scienza giuridica.

360

La cosa è particolarmente evidente riflettendo sui concetti indeterminati e sulle clausole generali che riguardano figure interne al mondo del diritto, e sostanzialmente prive di senso fuori da quello. *Insolvenza, giustificato motivo, pubblico ufficiale* (ma anche *abuso del diritto*) sono concetti in senso ampio indeterminati prodotti da una lunga elaborazione pratica e scientifica; e riassumono complessi stati normativi distillati in ragione della progressiva astrazione dell'esperienza concreta in figure del diritto. Del resto il costante sforzo della dottrina volto all'inquadramento di tali figure, e teso pertanto ad ottenere definizioni generali delle stesse prescindendo dalla rilevanza del caso concreto a cui devono essere applicate, costituisce una buona dimostrazione della portata, per l'appunto, concettuale dei concetti indeterminati e delle clausole generali⁴⁵.

⁴⁵ Molto nota è la vicenda dei rapporti tra le clausole generali della *buona fede* da un lato e della *correttezza* dall'altro nelle ricostruzioni della dottrina, annoverandosi posizioni tendenti a valorizzare diversità ed altre propense a risolvere entrambe in un significato complessivo e unitario. Cfr., a titolo puramente esemplificativo, rispettivamente, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, *Sub*

Anche le espressioni di maggiore approssimazione alla realtà fattuale, come *non scarsa importanza dell'inadempimento*, costituiscono il prodotto di una riflessione plurisecolare infine depositata nelle disposizioni legali volte a stabilire i confini di rilevanza giuridica di taluni fenomeni, nel nostro caso relativi all'attuazione del rapporto contrattuale. Stabilire che non ogni inadempimento è rilevante ma soltanto l'inadempimento non insignificante, che assurge ad una soglia minima di importanza rispetto alla generale economia del programma contrattuale, equivale ad assumere una specifica posizione rispetto al fenomeno dell'inadempimento rilevante. Posizione che, nella sua qualità concettuale (per essere cioè costituita da una astrazione utile alla classificazione dei fatti), non potrebbe essere sostituita nemmeno da una elencazione in tesi esaustiva di tutti i casi che il legislatore potesse considerare rientranti nel concetto esplicitato. A differenza di quella elencazione, in se stessa muta, il concetto ne mostra la ragione, esponendo immediatamente il risultato che sarebbe comunque conseguibile *a posteriori* attraverso l'osservazione dell'elenco e la risposta alla domanda sui criteri di accumulazione dei casi in quell'insieme ⁴⁶.

L'inesauribile elencazione di casi, che prescindesse dalla astrazione utile a formulare un concetto generale e indeterminato, lascerebbe maggiore libertà all'interprete già nella individuazione del singolo caso concreto rispetto alla fattispecie astratta a cui si volesse ricondurlo. Quella valuta-

art. 1337, 204 s.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1990, 232.

⁴⁶ Si consideri questo brano tratto da Cass., sez. II, 11 febbraio 2014, n. 3089: «ai fini della legittimità del recesso *ex art.* 1385 c.c., come della risoluzione, non è sufficiente l'inadempimento, ma occorre anche la verifica circa la non scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c., dovendo il giudice tenere conto della effettiva incidenza dell'inadempimento sul sinallagma contrattuale e verificare se, in considerazione della mancata o ritardata esecuzione della prestazione, sia da escludere per la controparte l'utilità del contratto alla stregua dell'economia complessiva dello stesso. Per altro, la mancata indicazione di un termine essenziale non vale ad escludere che i ritardi nella stipula del definitivo possano costituire di per sé un inadempimento di non scarsa importanza, ove concretamente i ritardi nell'adempimento superino ogni ragionevole limite di tolleranza da apprezzarsi discrezionalmente dal giudice di merito in relazione all'oggetto del contratto e alla natura del medesimo». Il passo abbonda di concetti giuridici indeterminati prescindendo completamente dal fatto e stabilendo nondimeno precise regole di giudizio sull'inadempimento in ragione dei criteri di utilizzo di quei concetti medesimi. La norma così ottenuta è il risultato di una notevole astrazione concettuale che non potrebbe essere espressa in una regola di dettaglio o in un insieme di regole specifiche e determinate (che peraltro tenderebbe all'infinito).

zione, infatti, potrebbe essere condotta per mezzo della considerazione del caso rispetto alla elencazione normativa: secondo un giudizio di prossimità e somiglianza o distanza e dissomiglianza. L'elaborazione razionale della regola che conduce alla formulazione del concetto indeterminato rappresenta, sotto questo profilo, un traguardo di maggiore certezza e controllabilità della decisione nei limiti in cui qualifica e definisce l'onere argomentativo a carico dell'interprete chiamato ad applicare la disposizione contenente un concetto giuridico indeterminato.

Comprendere il senso del concetto indeterminato per come collocato nella disposizione legale, e dunque ricostruire il senso della fattispecie astratta attraverso un procedimento mentale che potremmo definire, con le inevitabili approssimazioni, *interpretazione* (della disposizione nel sistema che concorre ad implementare) è presupposto necessario per la decisione del caso, ossia del fatto della vita rapportato al diritto. Dunque, per l'applicazione del diritto (al fatto). Questa preliminare operazione di interpretazione è favorita, nella sua conformità a ragione, del concetto indeterminato medesimo che costituisce già una astrazione da casi concreti accaduti, formulata anche con attenzione ad altri casi non ancora accaduti ma prevedibili; astrazione che indica la via all'operatore del diritto per giungere alla disciplina del caso concreto ⁴⁷.

Per misurare più da vicino il rilievo che assume la considerazione del concetto giuridico indeterminato o della clausola generale nel più ampio contesto in cui si trovano ad essere collocati (la singola disposizione, e il contesto in cui quella è posta) è utile riflettere sul fatto che la semplice collocazione nella disposizione rende un'espressione, a seconda dei casi, un concetto indeterminato o una clausola generale. Un esempio di grande evidenza è dato dalla buona fede: che, nella materia possessoria, assume valenza soggettiva denotando lo stato di chi ignora di ledere l'altrui prerogativa; invece, nella materia delle obbligazioni e dei contratti, assume valenza oggettiva denotando la condotta leale a cui la parte è tenuta nel

⁴⁷ In un connesso ambito di riflessione, la dottrina penalistica rimarca le sensibili differenze del rilievo assunto dalle clausole generali nella parte generale del codice penale e nella parte speciale con riguardo alla diversa misura della compatibilità con il principio di legalità (maggiore nel primo caso rispetto al secondo). Cfr. K. TIEDEMANN, *Clausole generali nel diritto penale dell'economia. Sull'esempio della slealtà nel diritto penale della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, 2 ss.

rapporto. Mentre la buona fede oggettiva integra una clausola generale, imponendo la individuazione della regola di condotta leale valida nel caso concreto, invece la buona fede soggettiva integra un concetto giuridico indeterminato.

7. - Determinazione del concetto indeterminato.

Calogero scrisse che la costruzione del concetto giuridico è legittimata solo in quanto riferita alla determinazione dell'ambito in cui deve essere inteso il significato di un termine contenuto o presupposto in norme di legge⁴⁸. Senza prendere definitivamente posizione su questa tesi (nei risvolti positivisti che presupporrebbe) la uso per le mie osservazioni sui concetti indeterminati nell'applicazione del diritto. Ciò in quanto, come accennato, con l'espressione concetti indeterminati si designano termini e locuzioni che si definiscono giuridici perché hanno natura legale: integrano elementi di disposizioni legali.

La questione posta dalla indeterminatezza non è di evitare o risolvere l'indeterminatezza medesima – che rende possibile la realizzazione stessa del diritto legale, come insieme di disposizioni generali ed astratte volte a disciplinare classi di eventi concreti destinati a svolgersi in futuro. La questione è di razionalizzare argomentativamente il procedimento di applicazione del concetto indeterminato al fatto storico. E dunque, di sottoporre a verifica la determinazione del concetto indeterminato con riferimento al fatto (c.d. fattispecie concreta) oggetto di sussunzione nella regola costituita anche da tale concetto (c.d. fattispecie astratta). La questione si risolve nel controllo del processo di specificazione del concetto legale indeterminato in occasione della disciplina del fatto storico. E dunque, nella elaborazione – a partire dalla disposizione legale che contiene il concetto giuridico indeterminato – della norma concreta destinata a disciplinare quel fatto⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. G. CALOGERO, *La natura dei concetti giuridici*, in N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004, 87.

⁴⁹ Un diverso discorso dovrebbe farsi intorno ai concetti che risultano indeterminati a causa dell'ambiguità semantica. L'indeterminatezza dovuta al cattivo uso del linguaggio non riguarda il concetto, ma la sua formulazione. Benché nelle classificazioni sui concetti indeterminati si richiamino anche le ambiguità espressive, dovrebbe convenirsi che queste ultime

Un concetto indeterminato non è pronto per l'applicazione. Per questo scopo, richiede di essere preparato: se è possibile esprimersi in questo modo, deve essere determinato. Determinare il concetto indeterminato significa definire la disposizione (in cui quel concetto è inserito) in una particolare occasione: l'occasione del giudizio; e soltanto con riferimento a tale occasione.

Per prima cosa occorrerà procedere alla comprensione in astratto del concetto indeterminato per come inserito nel sistema giuridico. Potremmo anche dire che occorrerà ricostruire il concetto indeterminato in quanto tale, operazione che consentirà di prendere atto del lavoro culturale di cui quel concetto costituisce prodotto finale.

La razionalizzazione giuridica del concetto indeterminato in quanto tale è necessaria a sottrarre quel concetto dal generale stato di confusione in cui possono versare termini che restano inseriti nel linguaggio comune o che sono considerati nell'ambito, certamente più ristretto ma sempre estremamente vasto, del diritto. Così il generale concetto di giustizia riferito a fatti varrà in precise concezioni l'una diversa dall'altra anche in un ambito settoriale dell'ordinamento come il diritto privato. Basti pensare al fatto ingiusto fonte del diritto al risarcimento del danno subito rispetto alla giusta causa di licenziamento; e a questi rispetto al giustificato motivo di recesso da un contratto. L'operazione preliminare di considerare il concetto di giustizia con riguardo allo specifico ambito giuridico e allo speci-

attengono semplicemente ai problemi del *drafting* normativo. Cosa che per altro verso sdrammatizza, nell'economia di questo lavoro, il dubbio sulla distinzione – avanzata in letteratura – tra indeterminatezza volontaria e involontaria: dove la prima corrisponderebbe alla intenzione del legislatore e la seconda (non alla incapacità espressiva ma) alla inevitabile imprecisione dei concetti (cfr. S. RODOTÀ, *Le clausole generali*, cit., 403). Può osservarsi, criticamente, che l'intenzione del legislatore, che dovrebbe funzionare come criterio distintivo, è contrassegnata da una grave vaghezza a sua volta (cfr. V. VELLUZZA, *Le clausole generali*, cit., 18; 53 ss.); inoltre sarebbe arbitrario ritenere che a volte il legislatore abbia preferito mantenersi sul vago mentre altre volte sia stato costretto a rimanere su quel terreno dalla intrinseca struttura del concetto. Questo, infatti, non prescinde mai dalla intenzione del legislatore (se così vogliamo esprimerci). La distinzione è stata proposta per isolare, nell'ambito dell'insieme dei concetti indeterminati, le clausole generali, che sarebbero caratterizzate appunto dalla indeterminatezza intenzionale. Ma potrebbe veramente distinguersi, secondo questo metodo, la giusta causa e l'inadempimento grave da un lato dalla correttezza e buona fede dall'altro (assumendo i primi come concetti indeterminati e le seconde come clausole generali)? L'indeterminatezza evitabile, in quanto non necessaria, è comunque rilevante sul piano del *drafting* normativo: giacché l'errore volontario non è meno errore di quello involontario (semplicemente, è fatto apposta).

fico istituto in cui rileva attivando pertanto i più limitati significati che tale concetto viene ad assumere realizza il chiarimento preliminare sul modo condiviso di intendere tali concetti prima di procedere all'utilizzo degli stessi facendone applicazione nel caso concreto. L'operazione avviene spesso a livello di precomprensione, così quando nel diritto civile cade in discorso la giustizia del contratto; l'ingiustizia del danno; la giustizia della causa del recesso.

Dopodiché sarà possibile svolgere la specifica valutazione – di ordine giuridico o extra-giuridico – richiesta dal concetto indeterminato con riguardo al fatto oggetto di giudizio. Questa valutazione integra il concetto indeterminato, implementandone il significato in relazione al caso concreto.

L'integrazione del concetto indeterminato per mezzo della valutazione, anche extra-giuridica, che lo stesso richiede (secondo il sistema culturale, economico, e così via, di riferimento) può essere descritta come *concretizzazione*. Per la verità, come visto in precedenza, questo termine è usualmente adoperato in dottrina per descrivere l'operazione condotta con riguardo non ai concetti indeterminati bensì alle clausole generali. Tuttavia, la concretizzazione della clausola generale è comunemente intesa nel senso della integrazione valutativa del contenuto della disposizione coperto dalla clausola generale. Proprio questa è l'operazione che, identicamente, si svolge per i concetti indeterminati⁵⁰. Sembra pertanto legittimo ed anche appropriato riferire il termine concretizzazione alla operazione di specificazione che coinvolge i concetti giuridici indeterminati⁵¹.

La concretizzazione del concetto indeterminato permette l'applicazione della disposizione al fatto, e la definizione del caso concreto attraverso la norma particolare che regola lo stesso. Alla fine del lavoro interpretativo resta la regola del caso concreto nella quale il concetto indeterminato si mostra in una sua concreta possibilità. L'operazione si svolgerà più o meno agevolmente e incontrerà livelli diversi di condivisione a seconda del grado di perplessità suscitato dalla fattispecie concreta: che mentre

⁵⁰ Cfr., a tal riguardo, le osservazioni di F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 421 ss., sugli «elementi valutativi».

⁵¹ Al proposito può rinviarsi alla trattazione generale di K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1968.

può cadere dentro il nucleo del concetto indeterminato, può anche interessare l'area periferica dei significati riconducibili⁵².

Già la definizione del significato del concetto indeterminato in quanto tale, ma soprattutto l'utilizzo dello stesso nei casi concreti che si presentano, e dunque l'applicazione della disposizione che contiene il concetto indeterminato al fatto della vita, se per un verso esemplifica una determinazione del concetto, per altro verso contribuisce all'oscuramento della nozione nei limiti in cui l'ultima concretizzazione si distanzia o confligge con concretizzazioni precedenti e nei limiti in cui la concretizzazione è combattuta da altre interpretazioni alternative. Per questo fenomeno, la chiarificazione del concetto indeterminato non segue un moto progressivo e la indeterminatezza del concetto stesso è destinata a conservarsi nel tempo, attraverso la evoluzione degli usi linguistici e giurisprudenziali. Se ogni successiva determinazione è influenzata dalle determinazioni precedenti, è pur vero che ogni successiva determinazione scompagina in qualche misura le determinazioni precedenti⁵³. L'effetto si produce soprattutto ai confini semantici del concetto, che pertanto si conserva nel suo nucleo di relativa determinatezza e nella sua estensione ulteriore di rilevante indeterminatezza⁵⁴.

⁵² Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., 171, che circa il concetto di *cosa* propone gli esempi, rispettivamente, dei fondi dei beni mobili e dei generi alimentari da un lato, dell'elettricità e del fumo dall'altro.

⁵³ Cfr., in generale, C. PERELMAN-L. OLBRECHTS TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, cit., 144 ss.

⁵⁴ Quando il legislatore decide di riprendere il controllo del concetto indeterminato elabora una definizione dello stesso sulla base della concezione invalsa nella prassi, che corregge con l'aggiunta di elementi configurativi. Un esempio è dato dall'art. 600-ter c.p. sulla pornografia minorile. La formulazione iniziale del primo comma si riferiva a esibizioni pornografiche o materiale pornografico non ulteriormente definite (e quindi richiedenti una determinazione del concetto di pornografia la quale evidentemente richiamava in campo la clausola generale del buon costume e del divieto di atti osceni); con la novella dovuta alla l. n. 10 nel 2012, è stata introdotta una definizione abbastanza precisa di pornografia minorile: «ogni rappresentazione, con qualunque mezzo di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore degli anni diciotto per scopi sessuali». Per la concezione fatta propria dalla giurisprudenza, chiamata ad operare formulando regole extra-giuridiche, di natura morale, integrative della fattispecie penalmente rilevante, la pornografia minorile consisteva nella rappresentazione visiva di un minore implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, quale può essere anche la semplice esibizione lasciva dei genitali o della regione pubica (cfr. Cass. pen., sez. III, 4 marzo 2010, n. 10981). La definizione legale è di maggiore severità, in quanto pur conservando un riferimento agli scopi sessuali rende sufficiente alla integrazione del reato la semplice rappresentazione degli organi sessuali, prescindendo dalla eventuale esibizione lasciva degli stessi (cfr. Cass. pen., sez. III, 9 gennaio 2013, n. 5874).

8. - Concretizzazione della clausola generale. Sulla discrezionalità del giudice.

Il discorso è parzialmente diverso per le clausole generali. Anche nel loro caso si deve innanzitutto procedere alla razionalizzazione giuridica della clausola, ossia alla sua comprensione in astratto considerato il sistema giuridico rilevante. Tuttavia, esaurita questa prima fase, il procedimento che porta alla concretizzazione delle clausole generali segue un percorso del tutto autonomo. Quella opera di concretizzazione non si esaurisce, come accade invece per i concetti giuridici indeterminati, nella integrazione valutativa del contenuto della norma costituito, adesso, dalla clausola generale medesima. Al giudice non è richiesto di effettuare una semplice valutazione. Al giudice è invece richiesto di ricercare una regola. Una regola di contenuto essenzialmente morale da specificarsi in ragione del caso concreto oggetto di disciplina. Per usare gli esempi più famosi, tutti tratti dal diritto contrattuale, possiamo ricordare: una regola di buona fede/correttezza nelle trattative aventi ad oggetto quel determinato contratto; una regola di buon costume o di ordine pubblico che serva come parametro di valutazione delle condotte stipulative ed esecutive degli impegni assunti nel contratto; una regola di buona fede/correttezza nella interpretazione di quel contratto e nella esecuzione del rapporto conseguente; una regola di buona fede/correttezza nella rinegoziazione degli impegni così assunti; una regola di lealtà nel processo insorto sul contratto o sul rapporto. E così via.

Queste regole extra-giuridiche non sono inventate dal giudice, se non nel senso etimologico di trovare, scoprire cercando. Non è il giudice il legislatore di quelle regole. Regole che esistono indipendentemente dall'operato del giudice ed indipendentemente dall'opinione che il giudice possa avere sulle stesse. Si tratta di regole non codificate, ma non per questo inesistenti prima dell'intervento del giudice. Potrebbero del resto essere anche regole codificate, non in testi giuridici ma in raccolte di stampo etico/deontologico (che non di rado assumono la forma del codice), o formalizzate in protocolli che stabiliscono standard di condotta in parti-

colari settori della tecnica⁵⁵. Si tratta, in ogni caso, di regole elaborate dalla prassi sociale.

Quando pertanto si discorre di discrezionalità del giudice in tema di clausole generali, dovrebbe sempre puntualizzarsi che questa discrezionalità, da intendersi come discrezionalità interpretativa⁵⁶, non si spinge mai fino al punto della creazione della regola da parte del giudice. A differenza di quanto usualmente si sostiene⁵⁷, la clausola generale non rende il giudice in qualche modo un legislatore; non consente che la disposizione in cui la clausola generale medesima si trova inclusa sia integrata dalla semplice opinione del giudice. Il giudice dovrà individuare una regola del caso concreto; dovrà in altri termini rinvenire secondo il criterio stabilito dalla clausola generale (proseguendo nell'esempio, buona fede e correttezza) una linea di condotta conforme a quel criterio nel caso concreto; dovrà quindi misurare la condotta tenuta e dunque la fattispecie storica con il metro fornito dalla regola che concretizza la clausola generale: e perciò stabilire se, nel caso dato, una certa condotta possa ritenersi o meno conforme a buona fede e correttezza.

Da questa angolatura non è superfluo ricordare che il soggetto della condotta in esame, e più in generale i destinatari delle disposizioni che includono clausole generali, operano essi stessi, e prima dell'intervento – secondario ed eventuale – del giudice, una concretizzazione della clausola

⁵⁵ Sui codici di comportamento, e sulla incerta cittadinanza di questi prodotti tra diritto e morale, cfr. N. BRUTTI, voce *Codici di comportamento (profili generali)*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, 149 ss.; v. anche G. ALPA, voce *Codice deontologico forense*, *ivi*, 170 ss., che ricorda le parole di A. FALZEA (in *Rassegna forense*, 1984, 279) secondo cui «quando il Consiglio nazionale forense, nei compiti disciplinari e di gestione degli albi professionali, esercita la sua funzione giurisdizionale, non si pone come giudice speciale nella applicazione del sistema normativo legale, bensì come giudice (etico) nella applicazione del sistema normativo etico che governa l'attività della professione forense».

⁵⁶ Ossia come il potere, proprio dell'attività decisoria, di scelta nel merito, conseguente al potere di scelta che il giudice esercita – prima che sulla soluzione da adottare – sulla interpretazione da effettuare per giungere alla soluzione (cfr. F. DI MARZIO, *Interpretazione giudiziale e costrizione. Ipotesi sulla legittimazione della discrezionalità interpretativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 395 ss.). In tema cfr. F. ROSELLI, *Clausole generali e nomofilachia*, in *Mass. Giur. lav.*, n. 4, 2014, 122 e 55. La discrezionalità giudiziale non deve perciò essere confusa con la discrezionalità amministrativa, e più in generale con qualsiasi potere di scelta discrezionale che si fondi sulle concezioni personali dell'operatore (cfr. K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., 204 s. che chiama i concetti che implicano una simile valutazione discrezionale *concetti soggettivo-normativi*).

⁵⁷ Cfr. G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, cit., 447 ss. e poi U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lav. e dir.*, 3, 2007, 443 ss.

generale adottando una certa condotta piuttosto che altre astrattamente possibili. In questo senso, il famoso apporto creativo del giudice nella individuazione della regola del caso si mostra secondario rispetto al medesimo apporto – almeno egualmente creativo – che può fornire chiunque sia in un certo momento destinatario di una disposizione che include una clausola generale ⁵⁸.

Bisogna però intendersi sul contributo che questi soggetti forniscono nel ricercare e trovare la regola che concretizza la clausola generale. Non sarebbe verosimile che le parti di un contratto lo eseguano chiedendosi di volta in volta quale sia la regola di correttezza da osservare nel caso concreto, quindi si prefigurino una simile regola e infine diano ad essa esecuzione. Così come non sarebbe verosimile che un soggetto tenuto ad eseguire una determinata prestazione si chieda sempre, passo dopo passo, quale sia la regola del caso concreto imposta dalla clausola di diligenza. Più semplicemente, il contraente si comporterà spontaneamente in un certo modo credendo di dare esecuzione al contratto e il debitore realizzerà la prestazione dovuta secondo criteri operativi che gli appartengono, e che quindi realizzerà per così dire automaticamente. Soltanto in situazioni particolari, quando l'intuito non soccorre e non risulta evidente il contegno da tenere, ci si interroga su quale sia la regola da seguire.

Searle ha offerto una spiegazione molto convincente sui comportamenti istituzionali delle persone con la teoria dello *sfondo*, ossia dell'«insieme di capacità non intenzionali o preterintenzionali che permettono stati intenzionali di funzione» osservando: «laddove sono in questione le istituzioni umane, noi accettiamo una componente normativa creata socialmente. Noi accettiamo che ci sia qualcosa di sbagliato in quella persona che quando riceve una palla da baseball lanciata la mangia; qualcosa di sbagliato nella persona che non conosce nessuna ragione di fare una cosa quando ha promesso di farla (...). E ciò è spiegato dal fatto che la struttura istituzionale è una struttura di regole (...). È precisamente grazie alla regola secondo cui mantenere una promessa conta come sottomettersi a un obbligo che noi riconosciamo che certe forme di comportamento nell'ambito dell'istituzione della promessa sono accettabili e certe altre sono da

⁵⁸ In tal senso cfr. A. FALZEA, *Standards giuridici*, in ID., *Ricerche*, cit., 416 s.

rifiutare. Così, ci sono in effetti regole costitutive che funzionano causalmente, e noi le scopriamo nel corso della nostra analisi. Ma non ne consegue che una persona sia in grado di agire nella società solo se essa ha effettivamente imparato e memorizzato le regole e sta seguendole consciamente o inconsciamente»⁵⁹. Per agire in società è infatti sufficiente possedere un insieme di capacità e abilità di sfondo che ci consentono di sentirci a nostro agio, e che acquisiamo naturalmente vivendo in quella società⁶⁰.

Quando però si crea disaccordo sulla regola da seguire e sul contenuto di una certa regola che si ritiene di dover seguire, occorre procedere alla ricerca della regola e alla specificazione del suo contenuto. Proprio questa è l'attività di accertamento – di ricerca e ritrovamento – che spetta al giudice quando cade in questione la concretizzazione di una clausola generale. Il giudice è chiamato a decidere su quale sia, considerata la clausola generale, la regola da applicarsi al caso concreto, sulla quale le parti sono in lite. Nel far ciò il giudice dovrà interrogarsi sulla struttura della realtà istituzionale e scoprire determinate regole che la costituiscono e che consentono di descrivere l'istituzione come sistema normativo. Dovrà interrogarsi sui sotto-sistemi di regole non giuridici che concorrono a definire l'istituzione. Tradizionalmente, nella dottrina formatasi intorno alle clausole generali, si dice che il giudice dovrà interrogarsi sul comune sentire, per verificare quale sia il senso generale attribuito ad una certa clausola generale in un preciso contesto sociale e in un determinato momento storico con riguardo a certe classi di fatti⁶¹. A tal punto ne discenderà quasi in forma di corollario la regola del caso concreto.

Se si osserva l'evoluzione della giurisprudenza sulle clausole generali si possono trarre ulteriori indicazioni sull'effettiva esistenza di sistemi di regole non giuridici, attivati nel mondo del diritto dal richiamo ad essi

⁵⁹ J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, cit., 147, 167.

⁶⁰ Scrive A. FALZEA, *Prassi giuridica*, cit., 433: «L'attuazione spontanea [del diritto], in quanto fenomeno convissuto socialmente, è più intuibile con il sentimento e l'esperienza che conoscibile con l'intelletto e la razionalità».

⁶¹ Cfr., per es., a proposito del buon costume G. TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt am Main, 1971, 9 ss. (che propone di fare riferimento anche ad indagini statistiche). Questa realtà è resa evidente nelle clausole generali che si richiamano espressamente, ossia nella formulazione in cui consistono, al comune modo di pensare. È il caso della clausola del *comune senso del pudore*.

effettuato dalla clausola generale, che il giudice si limita a ricercare e a trovare. Sia l'ambiente ordinamentale in cui la clausola generale è chiamata ad operare (rilevante ai fini della razionalizzazione giuridica della clausola) sia la tipicità sociale delle fattispecie concrete concorrono a determinare insiemi sufficientemente omogenei di decisioni, in altri termini insiemi di precedenti costituiti da soluzioni ricorrenti in materia di clausole generali con riguardo a specifici settori ordinamentali (e ad ancor più specifiche partizioni interne: come, nel diritto contrattuale, la buona fede nelle trattative). La classificazione dei casi in gruppi omogenei (*Fallgruppen*) costituisce non soltanto la traccia storica della giurisprudenza sulle clausole generali ma anche una ampia base di scelte applicative (rispecchiate dalle soluzioni assunte) di intensa condivisione⁶². La stessa possibilità di individuare *Fallgruppen* osservando il lavoro della giurisprudenza in prospettiva diacronica, dovrebbe comprovare la realtà della regola extra-giuridica quale fenomeno indipendente dall'opinione del giudice (che infatti si limita ad osservare la realtà e a rinvenire, nel contesto della prassi sociale, la regola rilevante nel caso preso in considerazione). Tutto ciò, se dimostra una diversità che potrebbe anche apparire evidente, non implica una maggiore difficoltà del lavoro interpretativo sulle clausole generali rispetto a quel lavoro condotto sui concetti giuridici indeterminati. Soprattutto nella concreta operatività, infatti, ciò che può distinguersi faticosamente a livello teorico, torna a compenetrarsi indissolubilmente. Per farsi un'idea della complessità delle operazioni interpretative quotidianamente realizzate dai giudici può segnalarsi che a volte i concetti indeterminati possono essere determinati grazie alla concretizzazione di clausole generali implicate nel fatto. Si consideri la dinamica che lega il concetto indeterminato di inadempimento di non scarsa importanza, oppure il concetto indeterminato di colpa grave da un lato, e la clausola generale della diligenza nella esecuzione della prestazione dovuta dall'altro⁶³.

⁶² Cfr., in generale, S. PATTI, *Ragionevolezza*, cit., 37 ss.

⁶³ Cfr. Cass., sez. VI, 3 settembre 2013, n. 20182, per la quale «Ai fini della pronuncia di risoluzione del contratto, nella valutazione della gravità dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1455 cod. civ. il giudice deve tenere conto, ai sensi dell'art. 1227, comma primo, c.c., delle circostanze che avrebbero ridotto le conseguenze dell'inadempimento e che la parte non

9. - Fuga dalle o nelle clausole generali?

Nonostante la necessaria indeterminatezza del linguaggio giuridico (e, in tal senso, del diritto), nelle varie correnti del positivismo giuridico la determinatezza è stata ed in sostanza ancora è assunta come valore⁶⁴. La famiglia di opinioni e teorie che possiamo ricondurre, con le inevitabili approssimazioni, all'area di una concezione formalista del diritto, difesa da pensatori come Max Weber e grandemente in voga per decenni anche tra i giuristi hanno prodotto esperienze e movimenti come la giurisprudenza dei concetti e la dogmatica sistematica in cui la legittimazione del diritto poggia ampiamente su basi formali (ossia dipende dal rispetto delle procedure legali di formazione e applicazione delle regole, dalla universalità e generalità della legislazione, dalla sistematicità dell'ordinamento giuridico assicurata dell'opera dei giuristi)⁶⁵.

L'emancipazione dalla morale quale fonte di legittimazione del diritto (perciò positivo) e lo sforzo di avvicinare il diritto alle scienze quantitative, culminato con il richiamo ai procedimenti logici anziché argomentativi

inadempiente conosceva o avrebbe potuto conoscere con l'ordinaria diligenza. (Nel caso di specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la risoluzione del contratto di viaggio turistico per la non gravità dell' inadempimento del tour operator, in quanto pur se egli non aveva adeguatamente informato il genitore circa la necessità per il figlio undicenne del passaporto per potersi recare in Marocco, tale necessità poteva evincersi agevolmente dal certificato di nascita in possesso del minore, dal quale il Marocco non risultava tra i Paesi verso i quali tale documento autorizzava l'espatrio)». Cfr., inoltre, Cass., sez. III, 12 marzo 2013, n. 6093 circa il concetto indeterminato di colpa grave, di cui la clausola di diligenza costituisce criterio di valutazione: «La limitazione di responsabilità professionale del medico-chirurgo ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c., attiene esclusivamente alla perizia, per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà. Ne consegue che, anche nei casi di speciale difficoltà, tale limitazione non sussiste con riferimento ai danni causati per negligenza o imprudenza, dei quali il medico risponde in ogni caso (nella specie, una donna era stata sottoposta a trattamento chemio-terapico dopo che le era stato riscontrato un carcinoma. A distanza di circa un anno e mezzo, la mancata progressione della malattia aveva indotto i medici a svolgere nuovi esami, dai quali era emersa la sussistenza di tutt'altra patologia)».

Ma, sul concetto di *colpa* quale clausola generale cfr., nella dottrina penalistica, D. CASTRO-NUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 162 ss., 215 ss., 279 ss.

⁶⁴ Perciò il rimprovero di A. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklausel*, Tübingen, 1933, richiamato spesso e volentieri nella dottrina successiva in critica al ricorso alla tecnica delle clausole generali.

⁶⁵ Mi limito a richiamare, nella prospettiva sociologica, l'analisi di A. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, Torino, 2001, 5 ss. (tit. orig., *Recht und Moral*, Salt Lake City, 1986). Ovviamente, sensibilmente diverso è il caso del diritto penale, attesa l'immanenza del principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*. Cfr. le notazioni di F. SCUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Crit. dir.*, 2001, 206 ss.

nella razionalizzazione dei fenomeni giuridici⁶⁶ può assumere una caratura ideologica, produttiva alla fine di veri e propri pregiudizi. Per quello che qui interessa, l'ideologia di stampo illuminista del mitico giudice bocca della legge, apparecchio umano di produzione del diritto secondo un automatismo (non meccanico ma) logico⁶⁷, e il pregiudizio della determinatezza delle disposizioni giuridiche come valore strumentale rispetto al valore finale della certezza del diritto⁶⁸ (con una propaggine – tipicamente novecentesca – data dalla preoccupazione per l'utilizzo dei concetti indeterminati e delle clausole generali nella legislazione amministrativa, con un conseguente ampliamento dello spazio di discrezionalità del pubblico potere difficile da sottoporre a controllo razionale)⁶⁹.

Le vicende storiche giunte a maturazione nella seconda metà del novecento con l'esperienza del diritto regolatore (conseguenza delle politiche di *welfare*), il moltiplicarsi delle fonti, la fuoriuscita dai codici secondo i percorsi della decodificazione e la proliferazione delle legislazioni speciali; le contaminazioni, anche linguistiche, tra diritto e altre scienze etiche

⁶⁶ Illuminante è la lettura dei saggi raccolti nel volume su *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. IRTI, cit., dove alcuni tra i migliori giuristi italiani della prima metà del novecento dibattono sui concetti dogmatici, prodotto della sistemazione del materiale dato dal diritto legale. I punti di vista divergevano sul ruolo della (costruzione) logica nella (elaborazione) dogmatica. Si annoveravano posizioni strettamente fedeli all'idea del sistema giuridico, e dell'ordinamento come organico sistema di concetti (giuridici) elaborati su norme e principi storicamente determinati ma alla fine autonomi da questi ultimi e perciò capaci di assicurare lo statuto di scientificità allo studio del diritto (cfr. i due contributi di Pugliatti a p. 3 ss. e 41 ss.). Vi erano poi posizioni più sensibili allo stesso divenire storico, e dunque alla natura in realtà pratica ed empirica del contenuto di norme e principi e di conseguenza dei concetti costruiti sopra di essi. E, proseguendo su questa linea, posizioni che ribadivano la natura argomentativa della scienza giuridica, indeclinabile secondo criteri di logica formale (cfr. i due contributi di Jemolo e il già citato saggio di Calogero, rispettivamente, a 19 ss. e 101 ss.; 71 ss.).

⁶⁷ Cfr. A. BARTOLOMEL, *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto con riguardo alle questioni metodologiche odierne*, Roma, 1901, 195; P. BOCKELMANN, *Richter und Gesetz*, in *Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1952, 23 ss. e, nell'ultima dottrina, il consuntivo critico di D. CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, 2011, 339 ss.

⁶⁸ Cfr. ancora J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., 12. Vale la pena di ricordare la critica che M. MONTAIGNE (*Saggi*, cit., 1133) riserva a Giustiniano «che pensava di frenare con la moltitudine delle leggi il potere di giudici, tagliando loro i bocconi: egli non si accorgeva che c'è tanta libertà ed estensione nell'interpretazione delle leggi quanto nella loro maniera di interpretarle».

⁶⁹ Cfr., in generale, R. SCHRÖDER, *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, Tübingen, 2007, 63 ss.; tra le indagini dedicate cfr. H.J. KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt am Main, 1979; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

(soprattutto l'economia), l'irrompere di linguaggi semplificati (come quello del diritto comunitario) hanno ampliato a dismisura l'indeterminatezza del diritto, inducendo un ripensamento critico della stessa categoria del diritto positivo come fu conosciuta nelle tradizioni culturali inaugurata dalle grandi codificazioni ottocentesche, definitivamente tramontate nell'età delle visioni morali accolte nelle carte costituzionali (in cui la morale si fa diritto e il diritto dichiara la sua inequivocabile matrice morale).

Resta il fatto che l'elemento di opacità prodotto dalle concezioni formaliste nella discussione sulla genericità o indeterminatezza che dir si voglia del diritto e sui concetti giuridici indeterminati ha indotto una serie di equivoci nella esatta formulazione del problema posto dai concetti giuridici indeterminati. Il nucleo essenziale di questa opacità è nel complesso ed ambiguo pregiudizio radicatosi intorno alle clausole generali: vissute come vere e proprie eccezioni, elementi in qualche modo estranei alla idealità della precisione e della determinatezza che dovrebbero caratterizzare prodotti altamente formalizzati come un codice. E inoltre temute per il rinvio che consentono a territori posti oltre i confini del diritto e ampiamente dominati da concezioni di natura politica e morale, concezioni incontrollabili introdotte attraverso il canale (il sistema valvolare della famosa metafora ⁷⁰) costituito specialmente dalle clausole generali nel bel mezzo del diritto, a ibridarne irrimediabilmente la natura ⁷¹.

⁷⁰ Richiamata, tra gli altri, da A. GUARNERI, voce *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, 1988, 403 e, di recente, da P. CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in *Giur. it.*, 2011, 1696.

⁷¹ Una recente testimonianza della preoccupazione tradizionalmente nutrita dai cultori del diritto positivo verso le clausole generali si trae dalla lettura di F. ROSELLI, *Clausole generali. Lura novit curia. Contraddittorio*, in *Giur. it.*, 2011, 1701 ss., in cui prendendo atto della realtà delle clausole generali ci si preoccupa di argomentare a favore di una concretizzazione delle stesse che non infranga la fedeltà dovuta (specie dal giudice) al positivismo (inteso tuttavia in un significato molto ampio, del tutto emancipato dalle tesi del formalismo puro, e in cui il riferimento alla *legge* è soppiantato dal riferimento al *diritto oggettivo*, integrato da materiali extra-legali anche in virtù della costituzionalizzazione delle visioni morali).

Va pure ricordata la proposta di privilegiare, nella decisione giudiziale di concretizzazione delle clausole generali, il canone della interpretazione sistematica rispetto al rinvio a criteri extra-giuridici (cfr. M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 365 ss.). Una simile opzione, tuttavia, mentre si mostra condivisibile con riguardo alla preliminare fase di inquadramento della clausola generale nel contesto del diritto rilevante, non può essere coltivata (come propone l'Autore) per risolvere l'intera operazione di concretizzazione della clausola generale, a meno di disattendere la costruzione ontologica della clausola generale come regola di

Ecco il terrore verso le clausole generali, da fuggire perché veicolo di concezioni eticizzanti e pericolose, in quanto foriere di aberrazioni applicative: come potrebbe storicamente testimoniare l'esempio sciagurato del diritto nazista, ampiamente richiamato in letteratura ⁷².

Ma anche, al contrario, la speranza riposta nelle clausole generali, in cui rifugiarsi per superare le angustie del diritto positivo; e a cui si attribuisce pure il potere magico di vivificare il diritto, di evitarne la sterilizzazione l'immobilismo e l'amorfia attraverso la contaminazione con la prassi. In poche (e audaci) parole, il potere di ringiovanire il diritto ⁷³.

Su questo secondo versante, Calamandrei racconta con toni quasi epici il lavoro del giudice di concretizzazione del concetto generico ed indeterminato contenuto nella disposizione legislativa; e dunque la sostituzione di quello con un concetto o con una serie di concetti invece precisi e specifici, dai quali esca in chiaro il significato attuale della norma, corrispondente alle aspettative dei consociati. Scrive che in quei casi «il giudice integra e sviluppa la norma giuridica, mettendola a contatto con la realtà pratica e facendo scaturire da questo contratto la migliore definizione del

natura extra-legale ed essenzialmente morale (come tale catturabile dagli approcci positivisti soltanto ricorrendo alla prospettiva di vertice della Costituzione quale carta di valori condivisi). E infatti l'Autore propone una diversa e molto particolare concezione di clausola generale: come strumento con cui il legislatore delega al giudice un potere arbitrario in concreto (ossia il potere di decisione tra interessi parimenti meritevoli di tutela).

⁷² Cfr., nella dottrina meno recente, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter bes. Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 2^a ed., 1967, 477 e successivamente KIDLER, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in *Contr. impr. EU*, 1998, 662 s. La forza suggestiva dell'esempio potrebbe far trascurare il limitato potere esplicativo dello stesso, compromesso dalla assoluta particolarità del mondo culturale del nazismo, in cui praticamente tutto era aberrazione secondo i nostri canoni di civiltà; e in cui la strumentalizzazione politica del diritto non dipese certo né fu favorita dalla sussistenza, nel corpo legislativo, di clausole generali. «Il Führer protegge il diritto dal peggiore abuso, quando nell'istante del pericolo in virtù della sua dittatura crea il diritto in quanto giudice supremo (...). Il vero Führer è sempre anche giudice» scrive Schmitt nel 1934 nel saggio *Il Führer proteggere il diritto*, poi ripubblicato in *Id., Posizioni concetti*, Milano, 2007 (tit. orig. *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*, Berlin, 1939). In questa prospettiva, appare evidente che il nazionalsocialismo si limitò a strumentalizzare a fini politici la tecnica delle clausole generali. Basti l'esempio della novellazione del § 2 *StGB* nel 1935, produttiva della disposizione secondo cui è punito non soltanto colui che commette un fatto dichiarato punibile dalla legge, ma anche chi merita di essere punito secondo l'idea fondamentale di una legge penale e secondo il sano sentimento del popolo (*gesundes Volksempfinden*).

⁷³ Per una recente ricostruzione degli atteggiamenti della scienza civilistica italiana del secolo scorso rispetto alle clausole generali, cfr. G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in *Quaderni fiorentini*, 40, 2011, 792 ss.

suo significato». E questo lavoro costituisce «la parte più dinamica e più attiva della giurisprudenza stessa, che qui meglio che in altra circostanza adempiere al compito di ringiovanire il diritto obiettivo e di adattarlo alle esigenze moderne»⁷⁴.

10. - A cosa servono le clausole generali.

In realtà, la visione terrorizzata e quella speranzosa – che ovviamente costituiscono le due facce di una stessa medaglia – conservano il proprio senso soltanto all'interno di un ambiente ideale non corrispondente a nessuna esperienza concreta. L'idea della Legge – di matrice biblica ma curiosamente raccolta in qualche senso nella teoria positivista – l'idea cioè del diritto racchiuso nel libro della Legge, non ha grandi possibilità nel mondo reale⁷⁵. Potrebbe vivacchiare in una dimensione mitica, in cui *oratio* varrebbe più di *sermo* per annunciare la parola di Dio. Ma in questo mondo Erasmo, convinto dalla tradizione cristiana, si decise per *sermo*.

Se la legge non è una decisione eteronoma calata dall'alto dei cieli sulla gente in attesa (secondo la prospettiva divina), nemmeno è la determinazione meditata di assemblee parlamentari volte alla costruzione di un sistema razionale di comandi che sia autosufficiente nella sua logica interna (secondo la prospettiva mondana).

Più ampiamente, potremmo dire che quello del diritto non è un discorso solenne pronunciato una volta per tutte o comunque destinato a rimanere inalterato nel volgere degli anni. È invece un sermone colloquiale, ai giorni nostri arricchito notevolmente nei suoi contenuti per ricevere le istanze di tutela che si elevano dalle società complesse. Un sermone che per conseguenza si presenta ancora più approssimativo e alla buona che in passato: in nessun modo ancorato a certezze ed anzi figlio di una costante incertezza, che lo mette a dura prova sotto i profili della chiarezza e della sufficiente univocità. Un sermone secolarizzato e destinato a ripetersi ma anche a superarsi continuamente, nel tentativo di adattarsi sempre meglio o meno peggio alle quotidiane esigenze della politica, della società, della

⁷⁴ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, Torino, 1920, 81 s.

⁷⁵ Cfr. F. MAZZARELLA, *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in *Quaderni fiorentini*, 41, 2012, 299 ss.

morale e dell'economia: che ne costituiscono l'oggetto (il termine di riferimento) e che ne integrano il corpo (i contenuti) ⁷⁶.

Banalmente, potremmo dire che la legge non può ringiovanire perché nemmeno riesce ad invecchiare, essendo incessantemente sostituita da un'altra e quella da un'altra ancora. Coticché, se le clausole generali fossero davvero servite in passato all'ammodernamento del sistema, sarebbero da tempo diventate inutili. Le clausole generali invece servono tuttora. Servono innanzitutto a combattere una certa vanità dei giuristi. E perciò a umiliare il diritto nelle sue pretese non scientifiche ma scientiste; a riportarlo a terra facendolo precipitare da altezze sterili, il cui il discorso teorico va per conto suo e giocherella a costruire geometrie autonome dalla concreta realtà (tenuta a debita distanza per evitare implicazioni extra-giuridiche e valoriali). Servono a ricordare al diritto, e ai suoi sacerdoti, che è stato inventato per le cose di questo mondo e non di altri.

Servono poi a combattere una certa miseria intellettuale di quegli stessi giuristi. Da questa angolatura, con grande approssimazione e rimanendo a pelo d'acqua, potremmo dire che le clausole generali, come i (gli altri) concetti indeterminati, servono a combattere pratiche e tentazioni di *over-regulation*, foriere di quella prolissità della legge che si ritorce contro la legge stessa rendendola sterminata e inconoscibile (compromettendo quello stesso valore di certezza che la legge positiva ha il compito di assicurare) ⁷⁷. Le clausole generali servono allora a combattere quella vacua coazione a prescrivere di tutto, che è la testimonianza catastrofica di una invincibile diffidenza verso i giuristi. Una diffidenza ampiamente alimentata e condivisa, peraltro, da eserciti di giuristi che credendosi per questo scienziati professano la religione di leggi e codici scritti all'insegna della formalizzazione della volontà sovrana. Leggi e codici da indagare

⁷⁶ La vicenda storica che si avvia con il congedo dal mito della purezza del diritto, che aveva dominato la scienza giuridica sino agli inizi del novecento, per giungere fino ai giorni nostri in cui il diritto si afferma come ordinamento della società piuttosto che come comando statale, è ripercorsa da P. GROSSI, *Sull'odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 1, 2014, 11 ss. Cfr. inoltre le osservazioni di N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in A. FEBBRAIO-F. GAMBINO (a cura di), *Il diritto frammentato*, Milano, 2013, 3 ss., e più in generale i contributi raccolti nel citato volume.

⁷⁷ Cfr. le osservazioni di L. FERRAJOLI, *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, in *Giust. civ.*, 1, 2014, 27 ss.

come cellule al microscopio, cercando di estrapolare significati reconditi dalla parola oracolare del legislatore.

Già questo basterebbe. Ma andando un poco più in fondo, certe clausole generali servono, inoltre, a sensibilizzare il diritto al dibattito sulle questioni morali; ad adeguarlo agli esiti precari di quel dibattito, sincronizzandolo con le attese sociali. Il richiamo al buon costume nella materia familiare e sessuale, oltre che in generale in tutte le questioni dibattute in bioetica, scongiura l'inopportuna formalizzazione di esiti controvertibili del dibattito nella legge, che invece si predispone a ricevere quei risultati precari come il vaso riceve la terra, e la riceve ancor dopo essere stato svuotato per essere riempito di nuovo.

La vecchia immagine del diritto fisso e della morale mobile può spiegarsi anche così. Non che il diritto sia fisso; né che la morale sia mobile nel senso della continua evoluzione. La morale è ampiamente ricorsiva. Le istanze fondamentali si confrontano per lunghi periodi, con esiti alterni. La mobilità della morale concerne appunto lo stato variabile di questi esiti. Il diritto può essere anche continuamente aggiornato. Ma ciò deve pur sempre accadere formalizzando scelte morali su altre scelte possibili nel testo della legge. Cosa che inasprisce ancora di più il confronto e fomenta attacchi alla legge. Invece, accogliere gli esiti del dibattito man mano che si formano attraverso la tecnica delle clausole generali sottrae la morale alla formalizzazione giuridica e alle pretese del diritto di fonte legale; questa umiltà del diritto positivo lo rafforza nella sua tenuta: come diritto buono per tutte le stagioni (moralì) ⁷⁸.

⁷⁸ In questo senso la indeterminatezza che caratterizza le clausole generali è catturata contrassegnandone le caratteristiche della fluidità e della variabilità nel tempo, in dipendenza delle «*mutevoli regole socialmente tipiche*» cui rinvia la metaregola giuridica che contiene la clausola generale; e in pari misura contrapposta alla «*mera indeterminatezza delle regole staticamente intesa*» (C. LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, in *Analisi e diritto*, 1999, 117 ss., 128 ss.).

Un esempio, al contrario, di protervia del legislatore è dato, nei tempi recenti, dalla legge n. 40 del 19 febbraio 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Pubblicata quasi in forma di manifesto di precise opzioni morali (integrative della clausola del buon costume) sostenute a discapito di altre pur fortemente presenti nel pubblico dibattito (che parimenti aspirano ad integrare il contenuto di quella clausola generale), questa legge è stata progressivamente demolita in tutti i suoi capisaldi da numerose decisioni della Corte costituzionale, susseguitesì numerose nell'arco di un decennio. L'ultima sentenza, del 10 giugno 2014, n. 162, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo,

Settanta anni fa un giurista insigne affermò: «che il diritto sia morale, è una esigenza (...) non del diritto, ma della morale»⁷⁹. Chi sarebbe ancora seriamente disposto a difendere questa posizione? Ecco allora che le clausole generali servono perché assicurano certi contenuti morali al diritto positivo, che rischierebbe altrimenti di restare largamente scollegato dalla morale stessa (specie recependone episodicamente le istanze). Questa concavità della legge, che attraverso le clausole generali accoglie in se stessa i diversificati contenuti morali, ne aumenta la condivisione sociale. Non dobbiamo infatti trascurare che il diritto contemporaneo è ampiamente fondato su carte di valori come le costituzioni; che riceve, dunque, la propria legittimazione dalle radici morali che esibisce. Le clausole generali contribuiscono a questa legittimazione imponendo di inquadrare l'ordine giuridico, per usare le parole di Betti, «in una più ampia concatenazione (...) nell'ethos della società in cui vive, nel suo ambiente storico e sociologico»⁸⁰.

Il richiamo alla cura nell'eseguire un lavoro, alla correttezza nelle relazioni, alla temperanza nell'esercizio dei diritti, contenuto nelle disposizioni che prevedono clausole generali come la diligenza, la correttezza, il divieto di abuso, è effettuato attraverso il rinvio a sistemi di regole estranee al diritto e appartenenti (a volte alla tecnica ma comunque anche) alla morale. Regole che, in quanto richiamate e inglobate nella regola del caso concreto (dedotta dalla disposizione che contiene la clausola generale) cambiano statuto. Non sono più semplicemente raccomandabili secondo la coscienza comune, lo sviluppo tecnologico e lo stile di vita accolti in una società, ma divengono obbligatorie. Nella acquisita obbligatorietà si risolve la giuridificazione di regole non giuridiche, e specialmente di regole morali. Il risultato è ottenuto, necessariamente, con la tecnica del rinvio. Operazioni volte a disciplinare giuridicamente regole morali, ossia a trasformare regole morali in disposizioni giuridiche sarebbero infatti irragionevoli perché antinomiche rispetto all'obiettivo di rendere rilevante per il

qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

⁷⁹ SANTI ROMANO, *Diritto e Morale*, cit., 72.

⁸⁰ Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit. 325.

diritto (per l'applicazione delle disposizioni giuridiche) la morale (e non un particolare assetto morale)⁸¹.

Questo metodo legislativo è estremamente importante e va correttamente inteso. Nella tecnica del rinvio a valutazioni extra-giuridiche (come in generale nei concetti indeterminati) e a regole extra-giuridiche di stampo morale (come nelle clausole generali) il diritto limita le proprie pretese verso l'esterno, e verso la morale in particolare. Non costruisce regole ispirandosi alla morale; né rende giuridiche regole morali attraverso una procedura di positivizzazione. Si interessa infatti alla morale come sistema culturale, non si cura invece di ricavare qualche regola sparsa dalla complessa realtà della morale.

Teso verso l'obiettivo fondamentale della positività, ossia verso l'effettività (la positività non soltanto formale, ma sostanziale), il diritto stabilisce umilmente e coraggiosamente canali di comunicazione con altri mondi. E per ciò stesso riafferma la sua alterità rispetto ai mondi con cui entra in contatto e si trova ad essere connesso, e a cui accetta di rimanere esposto. In questo modo magari non ringiovanisce, ma certamente si conserva nella sua ontologia e nella sua funzione.

⁸¹ Cfr. A. FALZEA, *Standards giuridici*, in Id., *Ricerche*, cit., 422. In tale senso si discorre di «rinvio dinamico» (cfr., recentemente, D. CASTRONOVO, *Clausole generali e diritto penale*, cit., 8 ss.).