

## CLAUSOLE GENERALI E COSTITUZIONE. Una (prima) mappa concettuale

di Federico Pedrini \*  
(19 novembre 2009)

(Intervento al Seminario "Il Linguaggio del Diritto Costituzionale",  
tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Bologna in data 13.11.2009)

**SOMMARIO:** § 1 – Premessa; § 2 – Precisazioni metodologiche e delimitazione dell'indagine; § 3 – L' "avventura" delle clausole generali nel diritto comune; § 3.1 – Gli "albori" della categoria; § 3.2 – La sistemazione "classica"; § 3.3 – Le linee di tendenza più recenti; § 4 – Le clausole generali nella dimensione costituzionale; § 4.1 – Clausole generali o "principi valvola"? (Una questione di Drittwirkung); § 4.2 – Le clausole generali e gli altri rinvii costituzionali al meta-giuridico. Le clausole generali e i "principi fondamentali"; § 4.3 – Clausole generali e "compromessi dilatori"; § 4.4 Esistono dei "custodi costituzionali" delle clausole generali?; § 5 – Prime conclusioni sulle clausole generali: una problematica non solo linguistica.

### § 1 – Premessa

Il senso di questo lavoro – primo e provvisorio stadio di un progetto di studio più ampio – sarebbe di analizzare alcuni aspetti del rapporto tra la Costituzione e quella che viene talora indicata come una delle "forme espressive" maggiormente caratterizzanti l'odierno diritto (anche) costituzionale, ovvero le c.d. clausole generali (d'ora in avanti, C.G.).

Il nostro diritto sarebbe entrato nella "età delle clausole generali", e la nostra (anche la nostra), si dice, sarebbe una Costituzione "per clausole generali", sottintendendo che le seconde sarebbero un elemento fortemente denotativo della prima, ma quando poi si va a vedere cosa in concreto viene ascritto alla categoria 'clausole generali' l'impressione (anche solo limitandosi al diritto costituzionale) è di trovarsi di fronte ad un complesso di elementi decisamente eterogeneo: C.G. sarebbe il 'buon costume' di cui all'art. 21 Cost., così come l'art. 2 Cost. (a livello "interpretativo" e/o quale norma ipoteticamente idonea a garantire i "nuovi" diritti inviolabili dell'uomo) e l'art. 3 Cost. (nel prevedere il principio di eguaglianza/ragionevolezza), la 'utilità sociale' ai sensi del secondo comma dell'art. 41 Cost. (o il 'razionale sfruttamento del suolo' di cui all'art. 44 Cost.) e il principio di sussidiarietà ex art. 118 Cost..

Già l'estrema ampiezza del *designatum* dell'espressione 'clausola generale', parrebbe suggerire come accanto all'uso *tecnico* (o agli *usi tecnici*) di questa locuzione, se ne siano diffusi altri decisamente più *generici*, col prevedibile rischio che la categoria venga annacquata fino a rendere poco feconda la discussione scientifica sul punto (se tutto all'interno della Costituzione è una C.G., il relativo concetto, insieme alla sua specificità, verrebbe infatti inevitabilmente a perdere anche gran parte del proprio interesse).

Nella (opposta) convinzione che un più congruo livello di tecnicità non potrebbe che giovare al relativo dibattito, si vorrebbe qui offrire qualche spunto per un inquadramento e per una maggiore precisazione della problematica.

Si tenterà pertanto di capire preliminarmente (1) cosa sono le C.G.(in astratto) e cosa sono le C.G. nella Costituzione – o forse meglio: in quale accezione parrebbe

scientificamente più perspicuo parlare di C.G. in rapporto alla Costituzione –, nonché successivamente (2) *a cosa possono servire* – indagando quindi la loro *funzione* –, ed infine (3) *se e quali problemi pongono*, e nello specifico se sono (anche) problemi *linguistici* e se sì in che senso.

## § 2 – Delimitazione dell'indagine e precisazioni metodologiche

Parrebbe anzitutto opportuno premettere che, come peraltro sovente (e quasi inevitabilmente) accade nell'interpretazione delle singole disposizioni normative e nell'inquadramento dei singoli istituti (o delle singole "figure") giuridici, anche nel caso delle C.G. spesso le posizioni sostenute dai singoli autori risentano in modo talora consistente, sia nell'*impostazione* della tematica, sia nei *percorsi* e nelle *conclusioni* che poi si articolano, di tutta una serie di assunzioni – relative tanto al diritto quanto alla scienza giuridica, tanto all'epistemologia generale quanto quella giuridica – che inevitabilmente andrebbero singolarmente (prima) indagate, se del caso criticamente, e (poi) messe in sistema per ottenere una mappatura della problematica C.G. quanto meno *tendente* alla completezza. E tanto vale, in modo particolare, per tutta la problematica attinente al tema dei c.d. *principi costituzionali* (sovente intersecati o addirittura sovrapposti con quelle entità che passano sotto il nome di '*valori*'), che tanta parte rivestono nelle moderne teorie costituzionalistiche (e soprattutto, fra esse, in quelle *neo-costituzionalistiche*) e che parrebbero mostrare con le C.G. (se non necessariamente una piena coincidenza, pur sempre) una evidente affinità di argomenti.

Tuttavia, non foss'altro per ragioni di (economia di) tempo e di spazi, in questa sede ci si limiterà a svolgere una *specificata* ed *esclusiva* riflessione sulle C.G., con particolare riguardo al loro rapporto con la Costituzione, con un taglio prevalentemente *ricostruttivo*. Ne segue che, anche se alcuni aspetti relativi alle C.G. parrebbero direttamente riconducibili a più *generali* opzioni teoriche, e sebbene, ulteriormente, molte di queste parrebbero per svariati aspetti controverse e non esenti da possibili obiezioni, di esse non ci si interesserà se non in modo del tutto marginale, né le si sottoporrà a diretta critica.

Tanto precisato, come già si diceva ci si occuperà qui (solo) di C.G.; e tuttavia l'espressione può risultare ancora ambigua: infatti, parrebbe (possibile e) opportuno distinguere fra due possibili direttrici di un ipotetico "discorso sulle clausole generali".

Da una parte infatti si potrebbe parlare delle *singole e specifiche norme* (o dei singoli frammenti di norma, o ancora delle singole disposizioni contenenti la norma o il frammento di norma) comunemente classificate come (o semplicemente "chiamate") 'clausola generale': si avrà allora a che fare con *norme* contenenti *concetti* (o *disposizioni* contenenti *espressioni linguistiche*) come 'buona fede', 'correttezza', 'diligenza', 'motivi abietti e futili', 'giusta causa', 'giustificato motivo', 'buon costume', 'utilità generale', 'utilità sociale', e così avanti.

Dall'altra parte si potrebbe invece parlare – come qui principalmente si farà – della *categoria* delle (ossia della *definizione* di) 'clausole generali', esaminandone le caratteristiche e verificando ad esempio la sua coincidenza, la sua sovrapposizione parziale, le sue analogie o le sue differenze con altre categorie (o definizioni) consimili come 'norme elastiche', 'norme in bianco', 'norme a fattispecie aperta e/o indeterminata', 'concetti valvola', 'organi respiratori', 'concetti giuridici indeterminati', 'nozioni a contenuto variabile', 'valvole di sicurezza', 'norme di scopo', 'standard

valutativi', 'norme (o concetti) di valore', 'norme (o disposizioni) di principio', e avanti in questo modo.

La distinzione pare significativa (e dunque da tenere presente) perché ovviamente si tratta di due *discorsi* differenti, che insistono su *linguaggi* differenti e che normalmente servono a *scopi* differenti. Infatti, articolare un discorso non sulla *singola e specifica* "clausola generale" *x* (ovvero su ciò che si è soliti considerare e chiamare 'clausola generale': ad esempio, il 'buon costume' ex art. 21 Cost.), bensì sul *concetto* (o sui *concetti*) di 'clausola generale' equivale a svolgere una riflessione su di una figura non del *diritto positivo*, del linguaggio del *legislatore* o del *costituente* – infatti la locuzione 'clausola generale' non ricorre nelle formule legislative, né per essere definita nei suoi elementi costitutivi, né quale (imprecisata) fattispecie per ulteriori conseguenze normative –, bensì della *scienza giuridica*, del (meta-)linguaggio della c.d. *dottrina*. Il tutto non senza significative conseguenze (anche) sui possibili usi della categoria 'clausola generale' che qui si verrà ad introdurre.

Per prima cosa le categorie *del diritto* sono "date" al giurista, il quale può certamente analizzarle, ma non crearle o disfarle a piacere. Inoltre, la riconduzione di un certo accadimento della vita (poniamo: un atto di manifestazione del pensiero) ad una categoria del diritto positivo (poniamo: il concetto di 'buon costume') suole avere delle conseguenze prescrittive (per esempio, la liceità o meno della relativa espressione), ed anzi la riflessione in ordine alla concreta "realizzazione" di una fattispecie normativa astratta (o di una parte di essa) è solitamente motivata in modo specifico dalla volontà di conoscere se si verificheranno o meno le conseguenze previste dalla relativa norma (voglio capire se il dato comportamento è un fatto illecito per sapere se scatta l'obbligo di risarcire il danno; considero se la norma *k* è un principio generale dell'ordinamento, per sapere se si potrà o meno utilizzarla a scopo interpretativo/integrativo, etc.).

Al contrario le categorie *della scienza giuridica* – per quanto ovviamente finiscano sempre per basarsi su (la osservazione e sulla qualificazione) del materiale normativo, cui cercano di attribuire un senso –, sono semplicemente "proposte" al giurista, che a fini scientifici ne può liberamente creare di nuove, ignorando le convenzioni preesistenti col solo vincolo (intellettuale) di una chiara stipulazione. Di conseguenza, l'ascrizione di un certo dato ad una categoria della scienza giuridica non sembrerebbe poter comportare alcuna conseguenza prescrittiva ulteriore (infatti le categorie della scienza giuridica non sono fattispecie normative), ma semmai risponde semplicemente ad una "propensione" per il sapere (analitico e) sistematico.

In entrambi i casi, insomma, sarebbero le caratteristiche dell'oggetto studiato a comportare l'ascrizione alla categoria astratta, ma quest'ultima è (o almeno dovrebbe essere) concepita diversamente dal diritto e dalla scienza giuridica: per il primo la definizione delle categorie si risolve nella determinazione delle fattispecie ed è uno strumento per prescrivere, per la seconda le categorie hanno solo una funzionalità classificatoria e conoscitiva.

Tanto, ovviamente, non esclude fenomeni di coincidenza o di sovrapposizione parziale fra categorie della scienza giuridica e categorie del diritto positivo: ad esempio, si potrebbe dire che tutte le norme riconducibili alla categoria dottrina delle C.G., per le loro caratteristiche (cioè: per come si sono *definite* le loro caratteristiche) sono poi anche principi generali dell'ordinamento, o viceversa. Quel che si vuole qui sottolineare è semplicemente come qualsiasi conseguenza prescrittiva che si voglia trarre dall'ascrizione ad una categoria, può (correttamente) discendere solo da categorie (fattispecie) del diritto positivo, e non da quelle elaborate dalla scienza giuridica (di cui primariamente ci occuperemo qui), e che l'integrazione della seconda categoria di per sé non implica l'integrazione anche della prima.

Il discorso può essere così sinteticamente riassunto: una certa disposizione è (o contiene) una C.G. (categoria della scienza giuridica) *in quanto ha determinate caratteristiche o una certa funzione* (caratteristiche e funzioni che potrebbero essere dimostrate con un'analisi della singola disposizione o di parte di essa), mentre parrebbe assai più discutibile sostenere che una certa disposizione ha determinate caratteristiche o una certa funzione *in quanto è una C.G.* In altre parole ancora: la *qualifica* di una certa (parte di) norma in termini di 'clausola generale' non aggiunge (né toglie) alla (parte di) norma in questione alcuna caratteristica ulteriore che non sarebbe stata autonomamente deducibile dall'analisi della (parte di) norma in sé e per sé considerata.

Premesso dunque come qui di seguito ci si atterrà principalmente all'analisi della *categoria* 'clausole generali', all'interno di *questa* linea di discorso – già lo si anticipava – non è infrequente sentir parlare di 'clausole generali' nel mondo (della scienza) del diritto, e più specificamente anche in quello (della scienza) del diritto costituzionale.

E tuttavia, quando un termine ricorre tanto frequentemente nella discussione, questo può spesso costituire il sintomo di un certo caos, ed è allora opportuno sollecitare l'attenzione dello studioso rispetto al rischio di inutili *duplicazioni* o di ancor più insidiose *equivocazioni* concettuali.

Il problema, peraltro diffusissimo in molti ambiti della scienza giuridica, è qui accresciuto dal fatto che la nozione di C.G. è stata sviluppata soprattutto da parte della tradizione privatistica, mentre la riflessione costituzionalistica si è inizialmente concentrata in prevalenza su altre nozioni, solo in parte coincidenti ('principi', 'valori', 'disposizioni di principio'), con tutti i problemi di incomprendimento che si generano quando due lessici simili eppure diversi si raffrontano (giacché si presume, in quanto giuristi, di condividere un comune vocabolario tecnico, mentre l'assunto risulterebbe solo in parte esatto).

In prima approssimazione i problemi, infatti, vanno qui in due sensi: in primo luogo a volte si chiamano le stesse (concrete fenomenologie giuridiche descritte con la categoria delle) C.G. con nomi diversi (un medesimo concetto, più nomi), altre volte invece si utilizza la locuzione 'clausole generali' con riferimento ad oggetti ideali fra loro eterogenei (un medesimo nome, più concetti). Entrambe i fenomeni possono essere fonte di incomprendimento, ed non parrebbe pertanto inutile tentare un'operazione di pulizia concettuale.

Con una precisazione: quest'ultima (operazione di pulizia), in casi come questo, sembrerebbe poter discendere, molto più che dall'aderenza ad una presunta "natura delle cose", da una *stipulazione terminologica*, di per sé quindi del tutto convenzionale e senza alcuna pretesa di "verità" in senso stretto (il parametro per valutare una stipulazione è invero soltanto la sua *utilità* per i fini che si propone: qui di chiarezza), che si tenterà qui di argomentare.

Beninteso, con questo non si vuol suggerire che le categorizzazioni della scienza giuridica, e tra queste quella delle 'clausole generali', consistano in stipulazioni *arbitrarie* o sostanzialmente *irrelate rispetto alla realtà* giuridica che dovrebbero descrivere e sistematizzare. Al contrario, manifestamente esse (categorizzazioni) risentono della fenomenologia le cui caratteristiche punterebbero a riassumere (a riassumere, per l'appunto, per il tramite di categorie). E, tuttavia, la relatività (delle categorizzazioni della scienza giuridica in generale e, in particolare) della categoria 'clausole generali' parrebbe inevitabilmente discendere da (almeno) due fattori: da una parte la stessa previa selezione del materiale normativo da categorizzare (*id est*, la "fetta" più o meno ampia di "realtà" su cui poi si articola l'analisi), dall'altra l'ulteriore scelta (non priva di margini discrezionali) dei criteri ritenuti più idonei per descrivere i tratti maggiormente caratterizzanti detto materiale normativo.

### § 3 – L' "avventura" delle clausole generali nel diritto comune

### § 3.1 – Gli “albori” della categoria

Sembra intanto opportuno segnalare come l’elaborazione della categoria delle C.G. non nasce in seno alla scienza del diritto pubblico, bensì da quella del diritto privato, e non a caso giacché il diritto civile fu l’ambito nel quale per primo si manifestò in modo significativo la relativa fenomenologia, dovendo invece la dottrina costituzionalistica attendere almeno fino al 1919 con la Costituzione di Weimar per iniziare una *specificata* riflessione sul punto.

Anche se la “nascita” (non del “nome”, ma) del fenomeno potrebbe risultare molto retrodatata – v’è infatti chi propone di ricondurre gli antecedenti delle C.G. ai *generalia brocarda* (v. sul punto GUARNERI, *Le clausole generali*, in AA. VV., *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, II, *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, Utet, Torino, 1999, 135 s.) –, è soprattutto fra la fine dell’Ottocento e l’inizio del Novecento che questa tipologia di formule legislative assurge pienamente agli onori della cronaca giuridica soprattutto per l’elemento di “difficoltà” che essa poneva (se non anche alla *teoria*, senz’altro almeno) all’*ideologia* positivista allora ampiamente diffusa, soprattutto alla componente di questo apparato concettuale che assolutizzava l’indipendenza quasi “autarchica” del diritto da altri sistemi normativi e in generale da qualsiasi fattore percepito come “esterno”, mentre corrispettivamente negava qualsiasi apporto del giudice (sia interpretativo, sia *a fortiori* integrativo) alla costruzione della norma da applicare.

Altresì, almeno inizialmente, lo studio non venne condotto con particolare sistematicità dai singoli autori, che il più delle volte si limitarono ad annotare soltanto *alcune* singole caratteristiche (in particolare, la generica *apertura al meta-giuridico* operata dalle C.G. e l’altrettanto generica *capacità di adattamento* garantita da queste ultime all’ordinamento giuridico) degli oggetti studiati – i quali ultimi, peraltro, non erano sempre del tutto omogenei e spesso dipendevano dal “panorama normativo” più immediatamente a disposizione del singolo giurista – dando così avvio a quel fenomeno di moltiplicazione terminologica, di tipizzazione parziale e (talora) di sovrapposizione categoriale di cui già s’è fatto cenno.

Fra i precursori della categoria delle C.G. si può, ad esempio, annoverare ZITELMANN (*Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, 19 ss.), il quale distingueva i *reine Rechtsbegriffe*, che assumono senso soltanto all’interno del diritto o della scienza giuridica, e concetti che invece rinviano per la determinazione del loro contenuto a scienze esatte o comunque non giuridiche: queste ultime si ritroverebbero innanzi un *Blankett*, una sorta di “assegno in bianco”. Ed in effetti il menzionato A. individua così una caratteristica comunemente riconosciuta per “propria” delle C.G., ossia l’*effetto di rinvio*, anche se in tal modo (costruendo la definizione *esclusivamente* su questa caratteristica), si venivano ad escludere dalla categoria esempi tipici delle C.G., come quelli della ‘buona fede’, che non sono studiati o definiti da nessuna “scienza” più o meno esatta.

A sottolineare l’effetto di rinvio recettizio, definendo le C. G. «*Blankettvorschriften*», ossia ‘norme (meglio, *disposizioni*) in bianco’ sarà poi anche HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*<sup>2</sup>. Tübingen, 1933, 21.

Più comprensiva, di tipo “funzionalista” (nel senso di descrittiva del ruolo concretamente svolto dalla categoria nell’ordinamento), è la definizione di ‘concetti valvola’ offerta da WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien-Leipzig, 1924, 86 (prima edizione Wien 1904): essi sarebbero quei «concetti la cui funzione principale consiste nell’approntare una categorizzazione per l’imprevisto, nel prestare al diritto una certa flessibilità, una capacità di adattamento (...) lo li definisco *concetti valvola* (*Ventilbegriffe*), perché essi sono paragonabili a delle valvole di sicurezza». Per descrivere il loro modo di operare l’A. avrebbe elaborato la c.d. teoria della proiezione, che rappresenterebbe una delle peculiarità delle C.G., ossia «l’applicazione di un concetto della disposizione senza il suo mutamento (concettuale) a certe fattispecie concrete, che inizialmente non si sarebbe potuto dimostrare fossero in esso (concetto) previste (contenute)» (IDEM, *Op. ult. cit.*, 43). È peraltro interessante notare come già per Wurzel i concetti valvola non sarebbero non *norme*, ma soltanto *elementi della norma*:

«*Kautschukparagraphe*» – chiaro il riferimento all'*elasticità* del prodotto – sarebbe infatti il nome delle norme *contenenti* questi *Ventilbegriffe*.

Insistono sulla funzione di salvaguardia per l'ordinamento giuridico delle C.G., che garantirebbero il collegamento del primo col sistema sociale, WENDT (*Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*, in *Archiv für die civ. Praxis*, 1906, 106 ss.) che parlerà di «valvole di sicurezza» (*Sicherheitsventile*), POLACCO (*Le cabale del mondo legale*, in *Atti del Regio Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, Venezia, 1908, ora in *Opere minori*, I, Modena, 1928, 60) che descriveva come «sono poi nel corpo delle patrie leggi degli *organi che vorrei dire respiratori* perché gli consentono di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, sì che si adatti con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda» (corsivo mio), e DONATI (*Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, 210) che parlerà di «organi di adeguazione».

Il fenomeno finì presto per assumere (o, quanto meno, per essere percepito come di) dimensioni quantitativamente e qualitativamente ingenti, tanto che questa «fuga verso le *Generalklauseln*» sarà additata da HEDEMANN (*Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, 1933, 3) come «il problema forse più importante che si pone ai giuristi del secolo XX», mentre negli stessi anni SCHMITT (*Principii politici del Nazionalsocialismo*, Firenze, 1935, 227 s.) osservava come «la finzione del svincolamento normativistico del giudice a una legge è diventata oggi teoricamente e praticamente insostenibile per molte sfere essenziali della vita giuridica pratica. La legge non può più affatto trovare la calcolabilità e sicurezza che per la concezione costituzionale appartengono alla definizione della legge stessa»; la riprova di questa condizione sarebbe stata proprio l'incontrollato diffondersi in ogni ambito giuridico di *Generalklauseln* (clausole generali) e *unbestimmte Rechtsbegriffe* (concetti giuridici indeterminati), come 'fedeltà e fede', 'buon costume', 'motivo importante', 'durezza ingiusta', 'particolare necessità', 'svantaggio proporzionato': «tali clausole generali sono diventate da gran tempo inevitabili e indispensabili, e determinano interamente il quadro generale della nostra amministrazione della giustizia tanto di diritto privato quanto di diritto pubblico. (...) oggi ci sono ormai solo concetti giuridici indeterminati».

### § 3.2 – La sistemazione “classica”

A partire da questi spunti iniziali, la riflessione acquisisce mano a mano maggiore sistematicità, (sistematicità) per così dire “sublimata” in tempi a noi più vicini nella ricostruzione teorica di Karl Engisch – per molti significativi aspetti, peraltro, già anticipata da alcune intuizioni di Emilio Betti –, la cui *Introduzione al pensiero giuridico* diverrà immediatamente il punto di riferimento per qualsiasi successiva trattazione della tematica, se non altro per aver “ordinato” tutti i maggiori snodi teorici orbitanti intorno alla tematica delle C.G. generali, ossia, riassuntivamente: il problema della loro *indeterminatezza*; il problema del *rinvio al meta-giuridico*; il problema del necessario *apporto “valutativo”* dell'interprete (ed in particolare del giudice) per la ricostruzione del loro contenuto concreto; il problema della (maggiore o minore) *discrezionalità* (più o meno intesa in senso tecnico) delegata all'interprete in questa operazione; il problema della loro *collocazione (strutturale e funzionale)* all'interno della norma e all'interno dell'ordinamento.

Anzitutto Engisch ha cura di inquadrare le ‘clausole generali’, differenziandole da altre categorie limitrofe (‘concetti giuridici indeterminati’, ‘concetti normativi’, ‘concetti di discrezionalità’, accomunate dall'essere strumenti con cui i giuristi concorrerebbero a “modellare” il diritto), all'interno di una particolare *tecnica della legislazione*, complessivamente disposta – allo scopo di rendere l'ordinamento giuridico più plastico e capace di adattarsi alle sollecitazioni provenienti dagli ambiti sociali che va a disciplinare – a conferire a giudici e amministrazione margini di partecipazione circa la determinazione del contenuto delle singole norme:

«punto di partenza delle nostre considerazioni seguenti deve essere la metodologia della legislazione nel caso di un allentamento del vincolo dei tribunali e degli organi amministrativi alla legge. Qui incontriamo oggi diverse forme di

espressione legislativa, per le quali colui che applica la legge acquista autonomia nei confronti di essa. Nell'ambito di tali forme distinguiamo: i concetti giuridici indeterminati, i concetti normativi, i concetti di discrezionalità e le clausole generali. Purtroppo la terminologia non è unitaria» (ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, 170).

Si viene così a definire per 'concetto indeterminato' un «concetto il cui ambito e il cui contenuto sono molto incerti» (IDEM, *ibidem*), precisando come essi, al contrario delle C.G., possono «presentarsi nelle norme giuridiche non soltanto nella cosiddetta 'fattispecie', ma anche nella 'conseguenza giuridica'» (IDEM, *ivi*, 172). In questo senso, sarebbero 'concetti indeterminati' le entità denotate, ad esempio, dai termini 'pericolo', 'cosa', 'oscurità', 'antigiuridicità', 'omicidio', rispetto ai quali (concetti) sarebbe possibile distinguere – secondo la terminologia di Heck (peraltro ampiamente ripresa, sempre in ambito giuridico, anche da Hart), un *nucleo concettuale* certo (= chiaro) e un'*area concettuale* incerta (= oscura).

Quanto alla categoria dei *concetti normativi* – che forse, per evitare possibili confusioni, avrebbe più chiaramente potuto chiamarsi dei 'concetti valutativi' –, il significato (più specifico) di 'normativo' all'interno della locuzione «dovrebbe essere rinvenuto in ciò, che vi è sempre bisogno di una *valutazione* per portare ad applicazione il nel caso singolo un concetto normativo. Che taluno sia coniugato o minorenni [concetti "normativi", secondo Engisch, solo in un senso meno perspicuo del termine, *n.d.a.*] può venire "stabilito" in base a criteri "descrittivi". Che invece un'intenzione sia "ignobile", un movente "abbietto", uno scritto "osceno", una rappresentazione "blasfema" (...) può essere deciso soltanto in base ad una valutazione. I concetti normativi di tale genere si dicono "bisognosi di integrazione analogica". Con questa orribile espressione si vuol affermare che la portata normativa di tali concetti deve essere di caso in caso integrata mediante valutazioni» (IDEM, *ivi*, 174 s.).

Dagli esempi riportati si evince peraltro come queste valutazioni, per quanto prive di un parametro oggettivo di verifica, risultano pur sempre vincolate dallo *standard* (qui soprattutto etico) richiamato dal concetto normativo.

Per dirla con Emilio BETTI (*L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, 56), i concetti normativi richiederebbero un «apprezzamento condotto alla stregua di "nozioni elastiche" e di "concetti di valore", ossia di criteri desumibili dalla coscienza sociale, di per sé extragiuridici, ma rilevanti per il trattamento giuridico, ai quali rinviano le norme giuridiche da interpretare e da applicare». In questa chiave, sarebbe possibile parlare di discrezionalità per indicare il contributo soggettivo del giurista (dell'interprete/applicatore), ma solo nel senso di quella «"discrezionalità" di carattere suppletivo o complementare, inserviente all'adattamento e alla specificazione della norma alla variabilità delle fattispecie, in funzione dell'accertamento e apprezzamento della fattispecie concreta» (IDEM, *Op. ult. cit.*, 55 s.), come accade per le norme del c.p. (artt. 132 e 133) che prevedono il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena. Si tratterebbe sempre di una sorta di integrazione da parte dell'interprete, ma ben diversa da quella (di cui v. *ultra*) della vera e propria delega di discrezionalità: «l'integrazione nel caso di rinvio (...) si limita a mettere in evidenza e a rendere espliciti momenti e criteri già insiti nella norma; nel caso di delega alla discrezionalità, per contro, opera talvolta una scelta secondo un apprezzamento di opportunità fra più soluzioni possibili nella cornice della norma, con riguardo alle circostanze del caso singolo» (IDEM, *Op. ult. cit.*, 58).

Quanto ai *concetti di discrezionalità*, essi pure sarebbero indeterminati e normativi, ma avrebbero la peculiarità di non legare la valutazione dell'interprete a nessun parametro (per quanto vago e non giuridico), imponendogli soltanto un genericissimo vincolo di scopo (come quello di perseguire nella valutazione l'interesse della P.A.):

«il concetto di ‘discrezionalità’ (...) possiede un carattere particolare. Non si tratta in esso solo di indeterminatezza e di valutazione, ma di valutazione *personale*. L’opinione cui il pubblico ufficiale è addivenuto secondo il suo senso del dovere, forse dopo aver combattuto una lotta interiore, è – entro certi limiti – misura del giusto giuridico. Gli autentici concetti di discrezionalità costituiscono quindi una categoria particolare *accanto* ai concetti indeterminati ed ai concetti normativi o per lo meno *nell’ambito* dei concetti indeterminati e dei concetti normativi» (ENGISCH, *Op. ult. cit.*, 184 s.).

Le *clausole generali*, dal loro canto, si qualificherebbero per essere una particolare tecnica legislativa di costruzione della fattispecie – c.d. *Tatbestand*, in un’accezione comprensiva non solo dell’ambito di comportamenti *prima facie* protetti (*Schützbereich*), ma anche dei limiti ad essi apposti (*Schranken*) – che, facendo solitamente uso di concetti indeterminati e normativi, si verrebbe ad opporre ad un metodo ispirato al principio di tassatività (o “casistico”):

«se si vuol preservare un significato proprio al concetto non univoco di ‘*clausola generale*’ (...) ben si adopererà configurandolo come un concetto contrapposto ad una costruzione “casistica” della fattispecie. Definiamo ‘casistica’ una conformazione della fattispecie legale (intesa come complesso dei presupposti che condizionano la disposizione legislativa di conseguenze giuridiche), tale che descriva i singoli gruppi di casi nella loro specifica particolarità (...). Per ‘clausola generale’ dobbiamo dunque intendere una forma di fattispecie che descrive con grande generalità un ambito di casi e li consegna alla valutazione giuridica» (IDEM, *ivi*, 192).

A ben vedere, *in senso stretto* l’autonomia concettuale della categoria ‘clausole generali’ consisterebbe esclusivamente nella loro (necessaria) collocazione all’interno della fattispecie giuridica – ciò che varrebbe a distinguerle dai semplici concetti giuridici indeterminati e normativi (collocabili *sia* nella fattispecie *sia* nella conseguenza giuridica), e dai concetti di discrezionalità (tipicamente collocati nella *sola* conseguenza giuridica) –, mentre tutti gli ulteriori tratti *in senso lato* caratterizzanti la categoria sarebbero o semplicemente *quantitativi*, come nel caso della contrapposizione al metodo tassativo nella formulazione della fattispecie (IDEM, *ivi*, 194: «indubbiamente la diversità fra il metodo casistico e quello delle clausole generali è soltanto relativa»), o *contingenti*, come nel caso del ricorso a concetti indeterminati e normativi (IDEM, *ivi*, 196 s. «è ipotizzabile che una clausola generale in certo qual modo (!) determinata, che si serva di concetti descrittivi e non abbia ad oggetto l’opinione personale dell’operatore: per esempio “Chiunque dolosamente mette un uomo in pericolo di vita”, quale clausola generale di pericolo. Praticamente però vengono in considerazione quasi esclusivamente quelle clausole generali che per lo meno sono al tempo stesso indeterminate e normative, mentre non si può certo affermare che le clausole generali siano in massima parte anche clausole discrezionali»).

La conclusione di Engisch è che

«in realtà le clausole generali, da un punto di vista metodologico, *non posseggono una struttura propria*. Esse non rendono necessario alcun particolare procedimento logico accanto a quelli richiesti dai concetti indeterminati, normativi e discrezionali. In

ogni caso le clausole generali aumentano il distacco presentato da quegli altri concetti nei confronti dei loro concetti correlativi, quali i concetti determinati, e così via. Questa è però una differenza di grado, non di specie. Il vero significato delle clausole generali risiede nel settore di tecnica legislativa. In virtù della loro grande generalità esse permettono di sottomettere un maggior numero di rapporti concreti di fatto ad una conseguenza giuridica in maniera esauriente, cioè priva di lacune, e suscettibile di adattamenti alle diverse circostanze. La casistica è sempre esposta al pericolo di dominare una materia giuridica soltanto in modo frammentario e *provvisorio*. Tale pericolo viene evitato facendo ricorso alle clausole generali» (IDEM, *ivi*, 197, corsivo mio).

Tirando le vele del discorso finora articolato sulla base di Engisch, parrebbero intanto potersi individuare almeno alcuni punti fermi della discussione “tradizionale” relativa alle C.G., che costituiranno poi la base per ulteriori approfondimenti:

- 1) le C.G. *non sono norme*, ma al più *frammenti di norme*, e più specificamente degli elementi costitutivi della *fattispecie normativa*, connotandola in termini *non casistici/tassativi*;

V., in tempi a noi più vicini, MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 9 «il concetto di clausola generale (...) deve essere accuratamente distinto da altre strutture normative, se si vuole assicurare l'utilizzabilità della categoria. Qui la riflessione deve prendere le mosse dalla precisazione di Wieacker: le clausole generali non sono tali in senso proprio, non sono cioè norme o precetti generali. Il concetto di norma generale designa una *tecnica di conformazione della fattispecie legale opposta al metodo casistico*. La norma generale è una norma completa, costituita da una fattispecie e da un comando, ma la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva, per la cui concretizzazione il giudice è rinviato volta a volta a modelli di comportamento e a stregue di valutazione obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera» (corsivo mio).

La non esaustività di questo criterio ed il suo necessario legame coi successivi punti 2) e 4) saranno poi sottolineati con forza soprattutto da RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in IDEM, *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 261 s.: «è necessario prima di tutto dissipare un (...) equivoco. Ci si può ben trovare di fronte ad una fattispecie analitica, e non aperta, quando il legislatore impiega formule riassuntive di una molteplicità di casi. Lo fa per economia del dettato normativo, quando la casistica completa sia agevolmente ritrovabile altrove e sia soggetta a forme periodiche di aggiornamento; per lasciare spazio ad una limitata discrezionalità tecnica; per operare un riferimento a massime di esperienza, variabili sì, ma sottratte ad un autonomo apprezzamento giudiziario. La fattispecie aperta, invece, ricorre quando si opera un esplicito trasferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma secondo parametri desunti da modelli di comportamento o valutazioni sociali presenti nell'ambiente nel quale la decisione è destinata a produrre effetti. Qui non è tanto l'indeterminatezza del concetto ad assumere rilevanza: è la sospensione del giudizio da parte del legislatore, la sua remissione ad una competenza diversa».

- 2) le C.G. (*rectius*, la disciplina giuridica attraverso le C.G.) sono l'oggetto di una *scelta intenzionale* del Legislatore, allo *scopo* di introdurre un certo (maggiore) coefficiente di elasticità nell'ordinamento e con l'*effetto* di allentare il vicolo di sottoposizione alla legge di giurisdizione e amministrazione allorché esse siano chiamate ad applicare direttamente le norme contenenti C.G. (alle quali ultime, non a caso, inerebbe «l'immediata volontà di produzione di diritto o di influenza sul diritto»: HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklausel*, cit., 55).

L'aspetto della *consapevole* indeterminatezza delle CG era peraltro stato a suo tempo segnalato anche da CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Torino, 1954, 24, nt. 13: «per mezzo di essi *la legge stessa rinvia* a categorie o criteri di valutazione d'ordine metagiuridico (morale, politico, economico, sociale), presentando pertanto all'interprete la necessità di una presa di posizione di fronte agli orientamenti della coscienza dominante nel momento dell'applicazione della legge alla fattispecie concreta» (corsivo mio).

In tempi più recenti il profilo dell'intenzionalità torna ad essere evidenziato da RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 266: «l'indeterminatezza al momento della produzione può essere involontaria, derivare dalla equivocità nella formulazione della norma o dalla inevitabile imprecisione dei concetti normativi dei quali, tuttavia, difficilmente può farsi a meno. Le clausole generali, invece, sono caratterizzate da una "indeterminatezza intenzionale", che le caratterizza e caratterizza il programma del legislatore».

- 3) le C.G. (almeno solitamente) sono costituite da *concetti indeterminati*, e da questi si distinguono solo per il (maggiore) grado di indeterminatezza (indeterminatezza che dovrà essere successivamente "ridotta", in sede applicativa, con riferimento al caso concreto per poter risolvere quest'ultimo sulla base della C.G.);
- 4) le C.G. (almeno solitamente) sono costituite da *concetti normativi*, richiedendo all'interprete una valutazione (seppur non "libera" e piuttosto vincolata ad uno standard metagiuridico) che parrebbe andare al di là della semplice attività *interpretativa* giuridica e sfociare sul terreno della *integrazione* (più o meno analogica) del diritto;

In punti 3) e 4) risultano peraltro una costante – sia pure con i *distinguo* che seguiranno (e del pari ponendo mente al fatto che la nozione di 'concetto normativo' di seguito riportata non coincide del tutto con quella proposta da Engisch) – anche nella letteratura recente, come attesta, fra gli altri, DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 540, il quale infatti ha cura di precisare come «le clausole generali non debbono identificarsi a stretto rigore né con concetti *indeterminati* od *elastici* (ad es. 'inadempimento grave', licenziamento 'senza giustificato motivo o giusta causa', rilascio 'per urgente necessità' ecc., 'unità produttiva insufficiente') né con quelli *normativi* ('diritto altrui', 'bene demaniale', 'danno ingiusto' ecc.). Eppure frequente è la tentazione di identificarle con essi, accontentandosi di ravvisare una clausola generale ogni qualvolta il legislatore faccia rinvio ad un concetto, indeterminato o elastico. (...) Taluno ha osservato che, se si identificassero le clausole generali con i c.d. concetti "indeterminati" od elastici, "esse si diffonderebbero in misura tale da perdere valore". La pervasività delle clausole generali diventerebbe inarrestabile».

- 5) le C.G. (almeno solitamente) *non* sono costituite da *concetti discrezionali* (ed anzi il rilievo assume quasi carattere assiomatico, se si considera che questi ultimi sono tipicamente collocati nella conseguenza normativa), non delegandosi all'interprete una decisione sostanzialmente personale;

La differenziazione fra le operazioni *lato sensu* "integrative" connesse ancora all'*interpretazione* (dei concetti indeterminati, dei concetti normativi, e, pertanto, anche) delle C.G., e quelle più specificamente connesse ai profili della discrezionalità intesa in senso stretto sono probabilmente, come testimonia una volta ancora con precisione Emilio BETTI (*L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 67 s.), il punto più significativo della tradizionale impostazione del problema: «i caratteri che contraddistinguono l'interpretazione anche in funzione integrativa e ne fanno risaltare l'antitesi con la discrezionalità, sono: l'univocità, che conduce a riconoscere esatta, almeno teoricamente, una sola soluzione (in quel dato momento storico e in quella data situazione di fatto); quindi la prevedibilità e la rigorosa controllabilità del

risultato, assicurate, almeno in teoria, dal fatto che in essa sono escluse valutazioni di mera opportunità con la possibilità di usare due pesi e due misure (possibilità compatibile, invece, con la discrezionalità)».

Sempre seguendo BETTI, nel caso delle C.G. «l'apprezzamento che il giudice deve condurre, va fatto alla stregua di criteri extragiuridici riconosciuti dalla coscienza sociale, o anche alla stregua delle regole proprie di determinate discipline, arti o professioni, cui rinviano per esplicito o per implicito le norme da applicare (es. artt. 132-133 cod. pen. it.), senza che il rinvio importi (almeno di necessità) assunzione in proprio e recezione, così da trasformare il carattere, convertendole in regole e criteri giuridici. Ora esso non ha carattere di apprezzamento discrezionale in senso proprio, ma di apprezzamento che, in linea di principio, è vincolato, ancorché i criteri in questione (aventi sempre una propria oggettività che li sottrae all'arbitrio soggettivo) possano essere di natura elastica e quindi non consentano un'applicazione assolutamente sicura e incontrovertibile».

Nel caso delle C.G. (a differenza che in quello della delega di discrezionalità), almeno dal punto di vista "ontologico", non mancherebbe un parametro oggettivo al quale il giurista potrebbe (e dovrebbe) ancorare le proprie valutazioni, anche se questo non eliminerebbe le molte difficoltà dell'interprete sul piano "epistemologico", il che spiegherebbe la frequente oscillazione nei giudizi concreti: «così il criterio dell'apprezzamento tecnico (specie in sede di giurisdizione ordinaria) come il criterio elastico di un apprezzamento interpretativo (...) hanno una propria oggettività che, essendo sottratta all'arbitrio, permette un controllo dell'applicazione che se ne faccia, e garantisce l'univocità di questa. Il che, peraltro, non esclude che l'apprezzamento concreto, in quanto giudizio assiologico (di valore), abbia per sé stesso carattere controvertibile, per la possibilità non mai evitabile, che il valore venga ravvisato sotto l'uno o l'altro profilo. Il diritto controverso (*strittiges Recht*) è anche qui un fenomeno inevitabile» (IDEM, *Op. ult. cit.*, 63).

Ancora con riferimento al rapporto fra oggettività (del parametro) e soggettività (del risultato ottenibile per il suo tramite), si osserva come «certamente possono molto variare e divergere le vedute soggettive circa il senso da attribuire a un criterio extragiuridico che vive nella coscienza sociale e al quale la norma in discussione rinvia, ovvero circa la massima di esperienza da ricavare da una situazione di fatto o circa il valore convincente come mezzo di prova (...). Ma, ad onta delle oscillazioni e dei contrasti della pratica, il giurista teorico riesce a vedere, al di là di oscillazioni e contrasti, una valutazione normativa univoca, che esige attuazione nel caso specifico, quantunque difficile da accertare e a precisare in relazione alle circostanze del caso. Per quanto elastico possa essere il criterio extragiuridico al quale la norma rinvia (...) l'idea della legge è che esista oggettivamente un criterio ben definito, e che il giudice-interprete non abbia se non a scoprirlo, senza poter sostituire a tale ricerca un mero apprezzamento discrezionale» (IDEM, *Op. ult. cit.*, 65).

In tempi recenti l'idea è ripresa da DI MAJO, *Op. ult. cit.*, 540, il quale osserva come «inesatto sarebbe identificare le clausole generali con disposizioni normative che attribuiscono ai giudici poteri di libero apprezzamento ("il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso" art. 2056 c.c., ecc.). Le clausole generali coinvolgono sicuramente poteri di apprezzamento dei giudici ma l'uso di siffatti poteri è ricordato all'osservanza di principi, criteri, standards, aventi tendenzialmente natura oggettiva o quanto meno convenzionale (buona fede, correttezza, lealtà, buon costume, uso del traffico – *Verkehrssitte*) o che tale almeno aspirano ad avere».

### § 3.3 – Le linee di tendenza più recenti

A partire da questo schema – elaborato ancora, come si vede, all'interno di concezioni per così dire "classiche" del diritto e dell'interpretazione giuridica (seppure già talora evoluta, come nel caso di Betti) ad esso connessa –, la riflessione successiva si è poi sviluppata (con risultati di varia attendibilità ed originalità) in parallelo al progressivo affermarsi di alcune nuove tendenze in tema di (teoria del) linguaggio e di (teoria della) interpretazione (sia generale, sia giuridica, soprattutto giudiziale), nonché complessivamente in un clima via via sempre più disilluso (quando non schiettamente ostile) nei confronti dei valori positivistici della certezza giuridica e del vincolo del giudice alla legge.

Si è giunti così da una parte ad approfondire alcuni dei profili testé menzionati – tanto vale soprattutto per quel che attiene ai profili connessi alle possibili “fonti integrative” delle C.G. (quanto all’oggetto, alla tipologia e all’effetto del rinvio al metagiuridico operato dalle C.G.) e ai “percorsi argomentativi” delle decisioni basate sulle CG –, dall’altra parte e a revocare in dubbio la consistenza delle distinzioni implicite in altri (questo soprattutto per la considerazione della differenza qualitativa delle CG dal resto del linguaggio giuridico).

Anzitutto, e sia pure all’interno di un panorama di posizioni necessariamente variegato, si è venuta da più parti affermando una mutata valutazione del fenomeno C.G.. Inizialmente, infatti, questo veniva considerato un “male necessario”, guardato con tipico sfavore dalla cultura positivista, che in ogni modo ne avrebbe tentato di circoscrivere l’estensione.

Si ricordi ancora che nel sottotitolo della nota (e già ricordata) opera di HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklausel* («Il salto nelle clausole generali») queste ultime venivano definite «un pericolo per il diritto e lo Stato» (*eine Gefahr für Recht und Staat*), mentre ancora in tempi recenti non si è mancato di rilevare il «disagio tipico dei giuristi di tradizione positivista e codicistica di fronte alle clausole generali, disagio che solitamente sfociava nella considerazione di quest’ultime come mere formule riassuntive di enunciazioni e prescrizioni già rinvenibili in altri luoghi dell’ordinamento legislativo; e, dall’altra, dal timore di rimanere impigliati in formule come quella di ‘funzione sociale’, che l’esperienza aveva dimostrato disponibili per le più diverse operazioni interpretative» (RODOTÀ, *Commento all’art. 42*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1982, 73).

Rispetto ai metodi, praticati dal positivismo, per neutralizzare la portata innovativa delle C.G., GUARNERI, *Le clausole generali*, cit., 149, osserva poi come «i modi sicuri utilizzati per l’azzeramento delle clausole generali sono due e procedono in senso opposto: uno consiste nel ripetere che la clausola generale è violata sempre solo quando si viola una regola puntuale contenuta nel codice civile; il che equivale a dire che tutto ciò che si dice intorno a quella generale è un doppione di quanto già si dice di altre regole. L’altro metodo per azzerare la clausola generale consiste nel prendere un caso ben regolato da una norma positiva scritta e arrivare a una decisione, applicando la regola scritta, ma dietro il paravento fittizio e sovrabbondante della clausola generale».

Successivamente, al contrario, le C.G. divengono nella considerazione dei giuristi non solo un elemento strutturale (pertanto inevitabile) degli attuali ordinamenti, ma anche un imprescindibile strumento di politica del diritto i cui vantaggi supererebbero gli handicap.

In un periodo di conclamata ipertrofia legislativa, che condurrebbe poi inevitabilmente ad interventi disorganici e in perenne (oltre che spesso infruttuosa) rincorsa rispetto alle esigenze mano a mano emergenti a livello sociale, le CG costituirebbero la risposta più adeguata (e forse l’unica possibile), anche e soprattutto in chiave *diacronica*, all’istanza di adeguamento del sistema giuridico a quello sociale, in particolare considerando la vorticosa evoluzione di quest’ultimo a fronte di un Parlamento spesso “ingessato” e bloccato da reciproci veti ideologici.

Con ciò non si arriva ovviamente a negare la frequente necessità di un intervento del soggetto politicamente responsabile, ma «il costo dell’innovazione legislativa, tuttavia, rimane elevato, soprattutto in termini di tempo, e conseguentemente, di tempestività dell’intervento. L’introduzione nella legislazione di clausole elastiche, allora, si conferma come una via più economica, che non garantisce soltanto, come da sempre si è detto, una apertura dell’ordinamento giuridico verso la società, ma pure la capacità di far fronte alle discontinuità che possono prodursi in futuro. E c’è un’altra “diseconomia” che può essere eliminata attraverso le clausole generali: è quella che deriva dal ricorso ripetuto alla microlegislazione di settore (...). Solo chi è cieco di fronte alla realtà può credere che, oggi, il pericolo sia in una fuga verso le clausole generali e non nella concretissima fuga verso la legislazione speciale» (RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 255).

Le C.G., inoltre, all'interno di una società "pluralistica" quale sarebbe la nostra, consentirebbero al giudice di espletare al meglio quella prestazione, da più parti invocata (e sovente predicata per indispensabile), di "mediazione fra ordinamenti", fra cui quello giuridico dello Stato non pretenderebbe (più) – forse anche prendendo atto di *non poter (più) pretendere* – di essere l'unica fonte di disciplina giuridica delle condotte umane.

«Nascono per tempo (...) le denunce contro il "totalitarismo legislativo", su cui torna oggi la dottrina non solo tedesca nell'affidarsi al *Richterrecht*, ma anche anglosassone, sulla dannosità di una "chiarezza speciosa" rispetto ad una "onesta seppur nebulosa indeterminatezza" nelle "circostanze in cui i problemi della normativa statale possono tranquillamente essere delegati a decisioni giudiziali con una ragionevole speranza che emergano *standards* chiari e giusti da una trattazione delle controversie caso per caso, man mano che si presentano". Attraverso la mediazione dei giudici le clausole generali possono allora servire da veicolo del pluralismo normativo, poiché la discrezionalità giudiziale può esplicarsi anche nella decisione delle controversie attraverso norme espresse da ordinamenti extrastatali» (ROSSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Pol. dir.*, 1988, 671).

Nello stesso ordine di idee anche RODOTÀ, il quale osserva come «le clausole generali (...) possono esser, e già talvolta sono, lo strumento più adeguato per dar voce ad un pluralismo di valori, atteggiamenti, culture presenti *contemporaneamente* in una organizzazione sociale» (*Il tempo delle clausole generali*, cit., 258).

Alla valutazione per più versi favorevole del contributo "costruttivo" (rispetto al contenuto dell'ordinamento) richiesto all'interprete (e soprattutto al giudice) per il tramite delle C.G., si affianca peraltro sempre più il dubbio (per alcuni, la consapevolezza) che le C.G. non rappresenterebbero, a ben vedere, un'*eccezione* alla *regola generale* della funzione (altrimenti) essenzialmente "dichiarativa" (di un contenuto giuridico predeterminato) del giudice nelle sue mansioni applicative del diritto, bensì semplicemente un *caso speciale* (particolarmente emblematico) di un nuovo (e, si direbbe, più moderno) concetto di "normalità ermeneutica", dove l'apporto "creativo" – nel senso di non astrattamente imbrigliabile in un metodo fisso, né di meccanicisticamente predeterminabile quanto agli esiti –, sarebbe riconosciuto immanente in *ogni* atto di interpretazione giuridica (o per lo meno di quella giudiziale rivolta alla soluzione di concrete controversie), così venendo meno gran parte della presunta peculiarità delle C.G. all'interno della problematica interpretativa.

Sinteticamente, «deve chiedersi allora se alla luce di una moderna teoria dell'interpretazione (...) l'apporto dell'interprete alla costruzione della norma individuale debba ritenersi essenzialmente diverso secondo che la norma stessa contenga o no una clausola generale. La risposta che ritengo di dover dare è negativa, nel senso che nell'un caso e nell'altro la norma individuale presuppone la norma astratta e prende reali fattezze nella decisione giudiziale. Se una differenza si dà, essa è quantitativa, non di essenza» (CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 22 s.). In altre parole ancora, «non appena (...) la funzione creativa del giudice diventa un *tópos*, gran parte della carica novatrice che si riconnetteva alle stesse clausole quali spazi di integrazione dell'ordinamento ad opera del giudice si rivela frutto di enfattizzazioni le quali gradualmente riguadagnano la dimensione fisiologica» (*ivi*, 25).

L'osservazione, peraltro, finisce per ripercuotersi anche sulla consistenza della contrapposizione fra tecniche di modulazione della fattispecie normativa (tassativa vs. generalizzante) che si era in precedenza indicata come un possibile criterio distintivo (sia pure solo di massima) delle norme (o disposizioni) contenenti una C.G. rispetto alle norme (o disposizioni) per così dire ordinarie: anche in questi ultimi casi, infatti, la specificità nella descrizione della fattispecie non eliminerebbe la necessità di una continua opera di completamento/integrazione degli elementi costitutivi della norma da parte dell'interprete/applicatore.

«L'opposizione tra regola casistica e clausola generale è in definitiva assai meno rilevante di quanto possa apparire a prima vista. (...) è distinzione di ordine quantitativo, non di essenza, poiché l'apporto dell'interprete alla costruzione della norma individuale non è sostanzialmente diverso secondo che la norma stessa contenga o meno una clausola generale» (GUARNERI, *Le clausole generali*, cit., 152).

Le ragioni indicate per questo mutamento di prospettiva risulterebbero molteplici, alcune ascrivibili a concezioni del diritto e dell'interpretazione giuridica – in cui rinnovate istanze di “giustizia” o di “giustizia” avrebbero reso indesiderabile, prima ancora che praticamente impercorribile, il modello “sussuntivo” propugnato e difeso dal positivismo (la cui ideologicità peraltro sarebbe stata da tempo segnalata dalle correnti della c.d. ermeneutica giuridica) –, altre ad acquisizioni in ambito epistemologico generale, legate alla constatazione della *strutturale equivocità* e della *ineliminabile indeterminatezza* di ogni fenomeno linguistico.

In particolare, la denuncia dei “difetti” (*rectius*, di alcune sue caratteristiche che, in certe situazioni, possono risultare dei difetti e che sicuramente lo sono per l'*esattezza* e la *precisione* della comunicazione) del linguaggio comune – unita alla considerazione che il diritto, pur non alieno da tentativi di specificazione, non sarebbe finora riuscito a sviluppare un proprio linguaggio artificiale e rimarrebbe quindi pur sempre legato al linguaggio naturale –, sarebbe così funzionale al rilievo della “trasmissione” di questi difetti anche al lessico del legislatore.

Tale argomento, addotto con crescente frequenza a partire dalla fine degli anni '70, può qui essere efficacemente riassunto dalle parole di Massimo LUCIANI: «il linguaggio normativo stesso, servendosi dei medesimi elementi del linguaggio naturale, soffre necessariamente di tutte le inadeguatezze di cui questo è affetto. È ormai divenuto banale affermare che il linguaggio naturale è impreciso, che il “significato” delle sue espressioni è spesso o sempre ambiguo o indeterminato, che la certezza nell'interpretazione di un enunciato linguistico non può essere mai ottenuta. (...) Lo stesso “significato” di un termine linguistico, del resto, non è mai unico ed univoco, ma è sempre costituito da una pluralità di alternative possibili, dal “complesso dei sensi possibili” di quel termine. (...) Il linguaggio naturale nel suo complesso, poi, non sarebbe altro che “il luogo dell'equivocità”, al contrario dei linguaggi formalizzati che ancora oggi sono vagheggiati come il regno della precisione e dell'univocità, ma che sono, per il diritto, un modello non solo irraggiungibile, ma anche poco raccomandabile» (*La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 97-99).

Vero è che – pur all'interno di tale rinnovato quadro d'insieme, teso a ricomporre la discussione sulle C.G. in seno alle più recenti categorie della interpretazione giuridica – anche alla luce delle acquisizioni ora (sommariamente) menzionate il discorso sulle C.G. non ha perso completamente la propria (aspirazione alla) specificità, se non in termini propriamente “ontologici”, quanto meno in termini “quantitativi” e “funzionalistici”.

È di RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 264, l'osservazione secondo cui «movendo dal giusto rilievo che, all'origine almeno, l'accento posto sulle clausole generali era servito a rompere il rigido schema positivisticco, si è concluso che oggi, mutato il clima culturale, le clausole generali non pongono in sede di interpretazione problemi diversi da quelli posti da qualsiasi altra norma: che è considerazione in generale corretta, ma che non può occultare il dato strutturale rappresentato appunto dal diverso modo di costruzione della fattispecie. E, se può certo dirsi che l'indeterminatezza è connotato comune alla generalità dei concetti giuridici, è pure vero che possono ritrovarsi diverse “specie di indeterminatezza”, che caratterizzano poi la funzione esplicita da ciascuna categoria di concetti».

Così, come si anticipava, si è così tentato di approfondire e specificare una serie di profili rimasti inevasi (o, comunque, non sufficientemente precisati) in quella “piattaforma operativa” prima delineata sulla base delle indicazioni di Engisch.

In particolare, gli elementi su cui maggiormente parrebbe essersi concentrata l’attenzione della dottrina risultano il “tipo” di meta-giuridico cui farebbero riferimento le C.G. (ai valori? alle valutazioni sociali? E a quale categoria di valori o di valutazioni sociali? Solo quelle etiche, oppure anche d’altro tipo?), la tipologia del rinvio stesso (più o meno recettizio) e l’effetto di vincolo per l’interprete che ne deriva

La soluzione più accreditata sembrerebbe senz’altro quella secondo cui le C.G. si riferiscano a *standard*, intendendosi con essi, in prima approssimazione, «comportamenti, opinioni, aspettative sociali (...) indicati al giudice [dalla C.G. contenuta nella norma, *n.d.a.*] quali parametri di valutazione normativa» (MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 12) o ancora quei «modelli generali del comportamento sociale giuridicamente rilevante, diversi da quei modelli particolari in cui consistono, appunto, le comuni norme giuridiche» (FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 1).

La particolarità del *quid* richiamato dalle C.G., pertanto, almeno in prima approssimazione sembrerebbe quella di non costituire un referente concettuale realmente “oggettivo”, contenutisticamente autonomo e (pre-)determinato (almeno tendenzialmente) una volta per tutte – caratteristica che sarebbe propria dei “concetti di esperienza” (*Erfahrungsbegriffe*) –, bensì di rappresentare una categoria, per così dire, *ontologicamente* “soggettiva”, non tanto perché soggettivamente *ricostruita* (sotto il profilo *epistemologico*), quanto piuttosto perché il suo stesso contenuto verrebbe direttamente a *dipendere* da (o addirittura a *coincidere* con) quegli specifici atti in cui si sostanzierebbero le *valutazioni sociali*: si tratterebbe, in altre parole, di “concetti di valore” (*Wertbegriffe*), intendendosi qui appunto per ‘valore’ non propriamente ciò che è, bensì ciò che *vale*, in quanto *viene considerato* (nel senso di positivamente o negativamente *valutato*).

Dal rilievo per cui non si tratterebbe di accertare *fatti*, bensì *valori* (o *valutazioni*), beninteso, non discenderebbe però l’*irrilevanza dei fatti* (intesi come eventi empiricamente percepibili e verificabili), atteso che – anche al di là del rilievo secondo cui pure le valutazioni potrebbero essere intese come una particolare categoria di “fatti sociali” – l’esistenza (e la consistenza) di certi valori non parrebbe potersi argomentare se non a partire dalla constatazione di determinati assetti sociali conformi al valore (e che, *va da sé*, si suppongano originati da comportamenti umani specificamente adesivi al valore in questione).

V. sul punto le precise osservazioni di LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 119: «al contrario di quelle comuni, le norme principio [“valvola”, come si vedrà *ultra* sostanzialmente corrispondenti alle C.G., *n.d.a.*] rinviano l’interprete all’accertamento non di fatti sociali, ma di valutazioni sociali, ovvero al “fatto” delle valutazioni sociali di quei fatti. Sono (...) i giudizi di valore dominanti nella collettività, che l’interprete deve accertare, per “dare un senso” alla norma, ed anche se per farlo utilizza come elementi di prova i concreti rapporti sociali, un conto è puntare l’attenzione direttamente su questi, un altro tenerli presenti come mera fonte di cognizione di una diversa realtà (le valutazioni che sorreggono quei rapporti)».

I valori, desunti dalle (o, secondo alcune prospettive assiologiche, coincidenti con le) valutazioni sociali sarebbero prevalentemente valori *etico-morali*, relativi cioè alla (corretta) disciplina della condotta umana (e, secondo alcuni, alla corrispondenza ai principi del buono e del giusto), come nel caso della ‘buona fede’, della ‘correttezza’, del(la conformità o difformità al) ‘buon costume’.

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

Non parrebbe da escludere, tuttavia, che possano rilevare anche valori (valutazioni) che al (corretto) comportamento dei consociati si riferiscano – come può capitare per i valori della 'diligenza' della 'utilità sociale', dell' 'interesse generale' – in modo apparentemente più indiretto (o, comunque, in un senso disgiunto dal parametro del buono e del giusto).

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

Acquisito a che cosa farebbero riferimento le C.G., si tratterebbe di capire *in che modo* queste ultime "rinvierebbero" ai menzionati valori (o alle citate valutazioni) sociali, ed in tal senso – vuoi perché l'entità normativa meta-giuridica (il valore, appunto) cui si effettuerebbe rinvio non consentirebbe un'applicazione meccanica (secondo il modello sussuntivo), vuoi perché sarebbe il rinvio stesso a non essere meccanico (nel senso di meramente recettizio) – parrebbe una costante la considerazione del necessario concorso dell'interprete (se non alla creazione, senz'altro) al completamento del contenuto della norma giuridica (inclusiva della C.G.) da integrare col (o comunque attraverso il) parametro (normativo) meta-giuridico.

In tal senso si esprimeva già RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1284 s., con riferimento ai concetti riconducibili alla matrice delle C.G. osservava come «è certo, infatti, che l'applicazione di essi non è condizionata dalla determinazione della loro portata, relativamente alla situazione storica in cui devono operare, effettuata dal legislatore; e neppure dalla possibilità di ritrovare una definizione rigorosa ed universalmente valida elaborata dall'etica o dalla psicologia, scienze alle quali essi fanno diretto riferimento: poiché, se è vero che attraverso il concetto di buon costume o quello di buona fede trapassano nel campo giuridico le esigenze storiche della morale, è incontestabile che l'apprezzamento da parte del giudice di queste esigenze non dipende dalla loro sistemazione concettuale da parte dell'etica, pur se da questa può ricevere un incomparabile contributo. L'indeterminabilità assoluta di questi concetti, anzi, è stata ben valutata dal legislatore: la loro introduzione nell'ordinamento, e la loro concreta determinazione indipendentemente da una esplicita e rinnovata previsione legislativa, risponde alla necessità di ridurre, a mezzo di parametri variabili, la tensione che naturalmente si produce tra realtà giuridica e realtà sociale».

Affronta e prova a impostare tecnicamente (sia pure in modo dichiaratamente preliminare) tale aspetto della questione ancora MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 12 s.: «un altro punto da chiarire riguarda il rapporto tra clausola generale e *standards* (...). Tale rapporto non ha la natura di rinvio (recettizio) a una norma sociale di condotta, in ordine alla quale il giudice avrebbe soltanto una funzione ricognitiva. Questa è la concezione originaria delle clausole generali, legata al positivismo legislativo, secondo cui il giudice nemmeno in questo caso si allontanerebbe dal modello della sussunzione. La particolarità starebbe soltanto in ciò, che la premessa maggiore del sillogismo non è formulata direttamente dalla legge, bensì per rinvio a una norma extrapositiva. (...) Dal punto di vista della struttura logica gli *standards* sociali sono tipi reali (...); come tali non possono costituire la premessa maggiore di un sillogismo, essendo privi del carattere di universalità che è proprio del termine di un giudizio sussuntivo in senso logico-formale. Gli *standards* sono piuttosto tipi ideali in senso assiologico (non, dunque, nel senso weberiano), in quanto impartiscono direttive o linee di riflessione per la ricerca della regola di decisione del caso in oggetto. Da norme di rinvio (ad altre norme), quali erano concepite all'origine, le clausole generali si sono trasfigurate in norme di direttiva, che delegano al giudice la formazione di una norma (concreta) di decisione vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno *standard* sociale. La direttiva non si esaurisce nell'indicazione di uno scopo, bensì indica una misura di comportamento, che il giudice deve concretizzare in forma generalizzabile, cioè in funzione di una tipologia sociale».

Sul punto, cfr. ancora IDEM, *Op. ult. cit.*, 10: «le clausole generali non sono né principi deduttivi, né principi di argomentazione dialettica, bensì impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta. In questo senso le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di programmi normativi di altre disposizioni».

Una ricostruzione differente della struttura ipoteticamente propria degli *standards*, che sarebbero in grado di costituire l'antecedente normativo (la fattispecie) di una regola giuridica si ritrova invece in FALZEA, *Op. ult. cit.*, 10 s.: «deve essere anzitutto ben chiaro che anche gli *standards* – a differenza dei principi che esprimono i valori sommi e assoluti dell'ordinamento giuridico – sono norme giuridiche condizionate. Essi, cioè, pur se formalmente col solo riferimento all'effetto giuridico, come la norma che richiede ai cittadini di vivere onestamente, implicano un riferimento necessario al fatto giuridico: le situazioni sociali nelle quali il cittadino si viene a trovare, e nelle quali resta impegnato a una condotta conforme all'*honeste vivere*. Solo che, trattandosi di norme giuridiche ad un alto livello di indeterminazione, la fattispecie si presenta anch'essa estesamente indeterminata. E estesamente indeterminato è anche l'effetto giuridico – nell'esempio riportato, il dovere di comportarsi onestamente – così come le conseguenze dell'inosservanza della condotta richiesta con l'effetto giuridico – nell'esempio riportato, la sanzione prevista contro la condotta non onesta».

Tuttavia, anche in questo caso, le differenze di impostazione parrebbero legate più che altro alle differenti premesse terminologiche dei due Autori – con particolare riguardo al termine 'fattispecie', da Mengoni (e non da Falzea) verosimilmente inteso nel senso restrittivo di 'fattispecie *tassativa*' –, dal momento che nessuno parrebbe comunque revocare in dubbio la necessità di integrare la fattispecie della norma meta-giuridica (e dunque la sua insufficienza a fondare un giudizio sillogistico) per regolare giuridicamente i casi concreti rientranti sotto l'ambito operativo della (norma contenente una) C.G..

Segnatamente questo particolare ricorso (per il tramite delle C.G.) ai "concetti (meta-giuridici) di valore" consentirebbe di garantire all'ordinamento giuridico la flessibilità di cui esso (ordinamento giuridico) avrebbe bisogno.

Così sempre LUCIANI, *Op. ult. cit.*, 116, osserva come «i concetti di valore *esplicitano* la dinamicità dell'ordinamento. Questo è certamente un dato ineliminabile di qualunque sistema normativo, ed è in un certo senso immanente al sistema, ma affiora al livello del dato normativo (della norma scritta) soltanto quando e in quanto venga fatto esplicito richiamo a un valore. È la stessa mutabilità e relatività delle accezioni in cui questo può essere inteso che ne garantisce la valenza progressiva (nel senso del cambiamento, non necessariamente del progresso ...), e l'adattabilità al mutare della realtà dei rapporti e degli apprezzamenti sociali».

V. anche DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., 542: «il superamento di una tecnica legislativa "per casi e fattispecie" serve a garantire in zone del diritto, in cui la situazione conflittuale non si lascia configurare in formule precise, maggiore elasticità e "presa sulla realtà". Non per ciò tuttavia l'uso di clausole generali è da intendersi come *mera tecnica legislativa* ossia una tra le

tante tecniche che possono adoperarsi dal legislatore per meglio garantire il rapporto tra il diritto e la realtà sociale. L'uso delle clausole generali serve anche a consentire l'ingresso, nel mondo del diritto, a principi o criteri extra-legislativi. Sotto questo profilo l'uso delle clausole generali è *una scelta di valore* di un qualsiasi ordinamento, più o meno "aperto" a valori provenienti da altre realtà».

Parrebbero ormai marginali, invece, i casi in cui ciò verrebbe considerato l'indice di una mera "delega in bianco" (con generica missione di decidere secondo giustizia e/o equità) all'applicatore del diritto.

Così invece ancora GUARNERI, *Le clausole generali*, cit., 131, dove si osserva come «il legislatore (...) conscio dei propri limiti, per consentire all'interprete maggiore libertà di movimento e per aprire il sistema a valutazioni equitative, utilizza talvolta parole dotate di un centro semantico indeterminato particolarmente ampio, che conferiscono all'operatore una sorta di mandato in bianco».

Piuttosto, pur dando per acquisita l'esistenza di un autentico *vincolo* dell'interprete alla (sia pure relativa e particolarissima) "oggettività" del parametro metagiuridico cui la C.G. effettuerebbe rinvio, sembrerebbe segnalarsi con rinnovata forza il problema della (reale) consistenza di tale vincolo e delle modalità idonee a verificarne il rispetto.

E proprio con riferimento a queste ultime parrebbero porsi le questioni più spinose, atteso che in modo pressoché unanime gli studiosi hanno segnalato come l'applicazione (giudiziale) delle C.G. imporrebbe necessariamente al decisore un "surplus di onere motivazionale", ma che contemporaneamente l'utilizzo delle C.G. allenterebbe il legame del giudice con la metodologia classica dell'interpretazione giuridica,

V. sempre LUCIANI, *Op. ult. cit.*, 116: «se, come pensiamo, la giustificazione di una interpretazione giuridica è attività argomentativa, l'esserne un valore l'oggetto ha un duplice effetto: svincola l'interprete dall'impiego – meglio, dall'impiego privilegiato – di certi argomenti (quello logico, principalmente), e allo stesso tempo lo spinge verso l'impiego (privilegiato) di altri (il richiamo agli apprezzamenti sociali)».

là dove una compiuta elaborazione teorica dell'argomentazione pratica sarebbe ancora da venire, con il non trascurabile rischio, pertanto, di un sostanziale (e comunque incontrollato e incontrollabile) "approfittamento" da parte degli organi giudiziari.

Come già rilevava lo stesso MENGONI, infatti, «la materia delle clausole generali attende ancora una sistemazione teorica definitiva sia sul piano dell'elaborazione di appropriati modelli argomentativi, sia sul piano dogmatico» (*Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 8).

Sul punto cfr. inoltre specificamente DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., 547, dove (con riferimento a LARENZ, *Schuldrecht*<sup>13</sup>, I, 117), si segnala «la necessità, da taluno avvertita, che la decisione, formulata sulla base di una clausola generale, sia assistita, più che le altre, da una convincente "fondazione" (*Begründung*), la quale lasci capire o trasparire attraverso quale *iter* logico-razionale si è "inverato" il contenuto della clausola generale, alla luce delle circostanze del caso. Ma è proprio questo lo scoglio. Se la tecnica delle clausole generali intende prendere le distanze dalle formule ricorrenti di "giustizia del caso concreto", rispondenti in forma più o meno diretta, all'idea di equità, è vero anche che siffatta distinzione è più lastricata di buone intenzioni che di altro. È assai tenue il filo che lega la decisione del singolo caso al contenuto (assiologico) della clausola generale (...). Se, ad annodare questi "filii" contribuiscono in misura notevole l'opera della dottrina e la stessa sistematica, resta il fatto che l'ultima parola è riservata al giudice-interprete. Il (pericolo del) "decisionismo giudiziario" è allora dietro la porta».

#### § 4 – Le clausole generali nella dimensione costituzionale

Le risultanze della riflessione sulle C.G. raggiunte in sede di dogmatica generale (e sviluppate soprattutto nell'ambito del diritto civile) possono certamente costituire ora un'importante "base di lavoro" per uno studio costituzionalistico sul tema, e tuttavia altrettanto certamente esse non parrebbero idonee ad esaurire l'argomento, né sembrerebbe percorribile una importazione "pura" delle relative categorie.

Viceversa, apparirebbe in più punti evidente l'opportunità (quando non addirittura la necessità) di (ri-)declinarle alla luce della ben nota (ma del pari dibattuta quanto a motivazioni e specifico contenuto) "specialità" del diritto costituzionale rispetto al diritto comune.

A ben vedere, peraltro, proprio sul piano giuridico (quello costituzionale) dove massima sarebbe stata l'opportunità (e l'utilità) di distinguere C.G. da problematiche affini, salvo poche eccezioni non è dato di riscontrare una trattazione specifica dell'argomento, che in letteratura spesso finisce per essere (con-)fuso insieme a quello della *generale* indeterminatezza e/o "apertura" delle espressioni costituzionali – talora intesa come *causa*, talaltra come *conseguenza* della concezione delle relative norme come principi o valori –, e della connessa ("naturale" o susseguente) "elasticità" della Carta.

Come facilmente si potrà notare, trattasi di questioni di estrema delicatezza, sovente (per non dire sempre) strettamente intrecciate con (molteplici, diverse, e spesso controverse) *teorie* sulla Costituzione e le sue (presunte) funzioni, (teorie) di cui evidentemente qui – già lo si era anticipato – non ci si potrà occupare se non in modo del tutto marginale (e strumentale).

Anche in ragione di ciò, più che (tentare di) offrire risposte "definitive", ci si limiterà ora ad enunciare, a titolo dichiaratamente provvisorio, alcune linee di analisi sulle C.G. (nel loro rapporto con la Costituzione) che parrebbero segnalarsi come meritevoli di (altrettanti) ulteriori approfondimenti.

#### § 4.1 – *Clausole generali o "principi valvola"?* (Una questione di Drittwirkung)

Anzitutto, si è preliminarmente posta la questione di ordine terminologico, riassumibile nel quesito sull'opportunità stessa di parlare di C.G. – categoria, come si vedeva, elaborata con specifiche caratteristiche sul piano del diritto civile – anche all'interno del diritto costituzionale dove, invece, parrebbe più diffusa (o comunque preferibile) la diversa etichetta dei 'principi (valvola)'. La scelta, qui effettuata, di attenersi alla rubrica delle C.G. si giustifica alla luce del rilievo secondo cui «risulterebbe assai difficile distinguere fra principi valvola e clausole generali, delle quali i primi, più ancora che un tipo od esempio particolare, sarebbero la copia conforme, differenziandosene soltanto per il nome, forse più pittoresco e significativo, ma non per questo esprimente un'autentica diversità di natura» (LUCIANI, *Op. ult. cit.*, 82).

Beninteso, sostenere la sostanziale costanza delle caratteristiche *strutturali* delle C.G. sia a livello ordinario, sia a livello normativo superprimario, non significa affatto affermare una equivalenza delle relative norme anche sul piano *delle modalità di funzionamento*, ma solo porre l'accento sul fatto che le particolarità delle C.G. costituzionali non dipendono tanto dalla diversa formulazione delle relative disposizioni, bensì soprattutto dalle differenti caratteristiche (e funzioni) complessive del diritto in cui si inseriscono.

E la riprova emblematica di tale particolarità, del resto, può facilmente risultare, ad esempio, dall'analisi (del profilo) della diretta applicabilità delle C.G. ai rapporti interpretati: pacifica e del tutto indiscutibile per quel che riguarda il livello legislativo ordinario, la *Drittwirkung* delle norme costituzionali (comprese quelle contenenti una C.G.) si palesa invece decisamente più problematica.

E non a caso LUCIANI, nonostante la menzionata identità sostanziale, ne trarrà poi argomento per differenziare (funzionalmente) le C.G. ordinarie da quelle costituzionali: «le somiglianze fra le due categorie non possono però far dimenticare gli elementi di distinzione. In particolare, la qualifica di clausola generale va riservata (se si vuole restare all'uso tradizionale) a quella previsione che sia (per sua natura e/o per la fonte che la prevede) atta all'immediata applicazione nei rapporti interpretati. In questo senso, è inopportuno estendere questa qualifica ai principi costituzionali, la cui immediata applicabilità non è mai scontata, ed opera comunque, anche quando vi sia, in forme diverse da quelle proprie delle clausole generali. Meglio dunque definire come *principi valvola* le norme costituzionali che presentano le caratteristiche di cui nel testo, quasi a segnarne lo stacco dall'altra più tradizionale categoria. Il che, ovviamente, non comporta adesione alla vecchia tesi secondo cui i principi costituzionali sarebbero mere "disposizioni programmatiche" (...). Non si tratta infatti di negare la precettività dei principi costituzionali, ma soltanto di affermarne la *diversa* precettività, dovuta al loro operare ad un livello distinto da quello della norma ordinaria» (*Op. ult. cit.*, 82, nt. 12).

#### § 4.2 – *Le clausole generali e gli altri rinvii costituzionali al meta-giuridico. Le clausole generali e i "principi fondamentali"*

Piuttosto, come già s'anticipava in apertura, il problema delle C.G. in rapporto con la Costituzione parrebbe quello della loro efficace distinzione all'interno di quell'ampio e variegato insieme di norme (disposizioni) – facilmente riscontrabili nell'articolato costituzionale e fatalmente latrici di ardue difficoltà per l'interprete –, contenenti non solo concetti giuridici (ampiamente) indeterminati, ma anche concetti facenti a vario titolo rinvio a parametri (almeno apparentemente) meta-giuridici, o comunque non giuridici nel senso "classico" del termine, e fra questi soprattutto dai c.d. principi (più o meno fondamentali).

Sia l'aspetto dell'indeterminatezza, sia quello dell'apertura al meta-giuridico, erano stati annotati da PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel giudizio costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 326, il quale osservava come «buona parte del linguaggio del quale si serve la costituzione, sia perché indica concetti peculiari di certe discipline non giuridiche, sia – soprattutto – perché si riferisce in ogni modo a situazioni giuridicamente indefinite (mutando di significato con il ritmo di sviluppo delle situazioni stesse, indipendentemente dall'evolversi dell'ordinamento positivo), non può divenire vitale per mezzo di esegesi strettamente formali, bensì richiede di essere integrato dall'esame delle realtà materiali che esso presuppone».

A supporto del rilievo si menzionavano in seguito, per esempio, le nozioni, di 'buon costume', di 'sicurezza', di 'ordine pubblico'; di 'lavoro', di 'sciopero', di 'programmi', di 'imprese', numerosissime "materie" della potestà legislativa regionale; o locuzioni quali 'unità familiare', 'servizi pubblici essenziali', 'fonti di energia', 'situazioni di monopolio', 'indegnità morale', 'buon andamento dell'amministrazione'; mentre fra i «richiami di valori morali, di natura, di ragione, di convenienza economica o politica» si ricordavano i 'diritti inviolabili', il 'principio di eguaglianza formale', le direttive sulla disciplina delle pene, la 'utilità sociale', gli 'interessi generali', i 'fini sociali', gli 'equi rapporti sociali', i 'casi straordinari di necessità e urgenza', i 'principi e i criteri direttivi'.

Sempre *ivi*, 322 si rilevava ancora come «quasi dappertutto (...) le previsioni costituzionali esigono – per essere applicate – giudizi di ordine quantitativo, cioè valutazioni sulla congruenza, sulla sufficienza, sull'adeguatezza, sulla consistenza per l'appunto, di momenti sovente essenziali della legislazione dipendente; ed altrettanto spesso accade che la carta richieda all'interprete di usare criteri o fissare concetti extragiuridici, per determinare i frequenti rimandi a valori di ragione o di natura o di giustizia, nonché per definire in maniera non del tutto formalistica i dati materiali della nomenclatura costituzionale».

L'esigenza di distinguere non porta alla negazione della strutturale (e peraltro più volte sottolineata) indeterminatazza delle stesse C.G., ma piuttosto sottolineare come l'indeterminatazza delle C.G. (e di conseguenza anche delle norme in cui esse sono inserite) sia di un tipo affatto particolare.

Lo evidenzia opportunamente LUCIANI, *Op. ult. cit.*, 84, nt. 14: «è (...) opportuno mantenere la distinzione fra clausole generali e concetti indeterminati (...). Anche se le clausole generali si compongono necessariamente di concetti indeterminati esse, a differenza dei secondi, vengono in considerazione non nel corso di un'analisi del grado di determinatezza delle *norme* giuridiche, ma nel corso di un'analisi delle tecniche normative (casistiche o generalizzanti) impiegate dall'*ordinamento*».

Infatti, all'interno delle (molte) norme costituzionali contenenti concetti indeterminati, quelle in cui sono inserite le C.G. parrebbero svolgere una *funzione* – di incremento della *dinamicità* dell'ordinamento nella dimensione *temporale* – che non solo *non è comune* a tutti i concetti giuridici indeterminati (compresi quelli che contemplino aperture al meta-giuridico), ma che parrebbe addirittura *opposta* a quella dei principi fondamentali, i quali (almeno secondo alcune letture) costituirebbero altresì un limite alle possibilità espansive delle C.G. (altrimenti detto: alle virtualità interpretative e applicative delle relative disposizioni).

Sul punto v. specificamente RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 260 s.: «principi, direttive, standards, norme generali, ma non queste soltanto. Ma qual è la ragion d'essere, e il criterio distintivo, di tutte queste nozioni? Difficoltà particolari non dovrebbero sorgere quando si parla di principi, se con tale termine ci si riferisce alle indicazioni riguardanti i valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte. In questo senso, le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi. Se, ad esempio, si riconosce nel nostro sistema la presenza di principi come quelli di solidarietà e di eguaglianza, la clausola generale di buona fede può essere legittimamente concretizzata solo adeguandola alle indicazioni in essi contenute. I principi, allora, possono essere intesi anche come un limite all'andamento elastico del sistema o, meglio, come la condizione concreta della sua elasticità. Si tratta, in sostanza, di una elasticità "orientata", per la caratteristica di norma di scopo che i principi ordinariamente assumono».

In altre parole, alla diversa (tipologia di) indeterminatazza delle disposizioni costituzionali corrisponderebbe un differente tipo di elasticità della Carta (cui corrisponderebbe una diversa prestazione richiesta all'interprete).

Da una parte quella delle norme contenenti concetti giuridici indeterminati e (massimamente) quella dei principi, il cui contenuto, pur non essendo *del tutto* predeterminato dalla (ed esaurito nella) disposizione costituzionale – la quale, infatti, sarebbe caratterizzata da una zona semantica "grigia" particolarmente ampia – manterrebbe *un nucleo concettuale fisso e costante nel tempo*, che l'interprete sarebbe chiamato a completare, con la creazione della norma da applicare al caso concreto, elaborando una *soluzione variabile rispetto alla circostanza*.

Dall'altra quella delle C.G., che se è vero che a loro volta potrebbero produrre una soluzione mutevole a seconda della circostanza, dovrebbero tale caratteristica al fatto che – al contrario dei principi – il loro stesso contenuto (in termini di *nucleo concettuale*) sarebbe (almeno potenzialmente) *variabile rispetto al tempo*, coincidendo (come già si vedeva) col contenuto di valutazioni sociali.

Secondo questo criterio, pertanto, parrebbe infine possibile distinguere, all'interno delle disposizioni della Carta, le disposizioni contenenti un richiamo al meta-giuridico effettivamente contenenti delle C.G. come quelle ad esempio di cui all'art. 21 ('buon costume'), all'art. 41 ('utilità sociale'), all'art. 42 ('funzione sociale'), all'art. 43 ('utilità generale'), da quelle invece contenenti principi (pure inclusivi di elementi meta-

giuridici), quali ad esempio l'art. 3 ('eguaglianza'), l'art. 118 ('sussidiarietà'), l'art. 97 ('imparzialità'), e ulteriormente da quelle dove sono riscontrabili soltanto concetti *giuridici* indeterminati, come nel caso dell'art. 2 ('diritti inviolabili').

A onor del vero, la questione relativa a quest'ultimo articolo potrebbe risultare più complessa, qualora si accedesse alla lettura della relativa norma come "norma a fattispecie aperta".

Trattasi della nota impostazione elaborata da BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1975, 50 ss., ma v. part. 84: «si tratta di vedere se la norma di cui all'art. che commentiamo debba intendersi come norma di "chiusura", "riassuntiva" di tutti i diritti fondamentali tutelati espressamente nella Costituzione ovvero debba invece intendersi come norma di "apertura" ad altre libertà e ad altri valori personali non espressamente tutelati dal testo costituzionale». Assunto, questo, ribadito – ancorché allo scopo di precisare la sua necessaria (e spesso misconosciuta) contestualizzazione in una più ampia visione "istituzionalistica" della disciplina dei diritti e più in generale del fenomeno giuridico – con particolare chiarezza anche in IDEM, *"Nuovi diritti": attenzione ai confini*, in AA.VV., *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di Califano, Torino, 2004, 19 s.: «l'art. 2 della Costituzione è una "fattispecie a schema aperto", aperta ai valori emergenti nella società (...), con una funzione sussidiaria rispetto al catalogo dei diritti specificamente nominati dall'art. 13 in poi e non meramente riepilogativa o riassuntiva degli stessi».

Ebbene, in questo caso la locuzione 'diritti inviolabili' solo con difficoltà parrebbe poter essere considerata soltanto (espressiva di) un concetto (completamente) giuridico, finendo piuttosto essa per essere ricostruita a sua volta come un rinvio a valutazioni sociali (e pertanto ai relativi valori meta-giuridici) di ciò che sarebbe meritevole di protezione giuridica (ed in tal senso 'diritto inviolabile'). Attraverso questo percorso argomentativo, pertanto, potrebbe non essere impossibile configurare anche la norma di cui all'art. 2 Cost. come inclusiva di una C.G. in senso tecnico.

#### § 4.3 – Clausole generali e "compromessi dilatori"

Acquisito questo risultato attraverso l'utilizzo di un criterio *funzionale* – nel senso di relativo alla "funzione" (di adattamento temporale dell'ordinamento giuridico alla società) che si supporrebbe propria delle C.G. e del loro rinvio al meta-giuridico –, parrebbe tuttavia opportuno dedicare qualche passaggio al profilo della *intenzionalità* della scelta legislativa (qui: costituente), se non altro quanto agli *effetti* (ossia al *risultato* e alla *modalità* con cui conseguirlo) dell'immissione di queste C.G. nel testo costituzionale.

Prima di tutto non sempre è dato di avvertire una *precisa e generalizzata* consapevolezza del Costituente circa il particolare significato del rinvio al meta-giuridico in funzione di adattamento diacronico (in dipendenza da valutazioni sociali) proprio delle C.G..

Anzi è noto come spesso, soprattutto per coloro che più rimanevano legati ad una visione "positivista" del diritto e della sua certezza (anche diacronica), il significato strutturalmente non (pre-)determinato e temporalmente mutevole che parrebbe proprio delle C.G. veniva equiparato all'assenza di significato *tout court* (significato dal contenuto mutevole = nessun significato).

Emblematica al riguardo rimane la posizione di Einaudi sul richiamo alla 'utilità sociale' effettuato dall'art. 41 Cost., quando egli affermava come «il primo emendamento all'art. 39 [l'attuale art. 41, n.d.a.] da me presentato si limitava a togliere le parole "in contrasto con l'utilità sociale". Ma poiché vedo che l'Assemblea è propensa ad introdurre nei testi legislativi parole le quali non hanno un significato preciso e su cui i commentatori avranno in avvenire ampio campo a discutere, su questo punto preciso non insisto. Avevo già imparato che nelle Costituzioni di oggi si usano indicare principi ed additare indirizzi per l'azione successiva del legislatore. Apprendo ora che, oltre ad indicare principi ed indirizzi per il legislatore futuro, si formulano anche auguri, che in avvenire si riesca a scoprire il significato delle parole che oggi non si conosce» (A.C., IV, 3776).

Sempre nella medesima seduta l'illustre economista ribadiva di non riuscire «a comprendere quale possa essere il significato di un piano il quale sia indirizzato a dare il massimo di utilità sociale. Ma io credo che sia pericoloso, ed anche un po' senza contenuto preciso, scrivere nella legislazione una massima della quale nessuno finora, ripeto, in 150 anni di ricerche, sia mai riuscito a trovare un significato preciso» (*ibidem*).

La conclusione del ragionamento era molto netta: «una norma la quale non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale ed arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore futuro alla norma, essa sarà valida. Nessuna Corte giudiziaria potrà negarle validità, perché tutte le leggi di interpretazione saranno conformi a ciò che non esiste» (*ibidem*).

Qui, tuttavia, parrebbe di poter dire che, a differenza di altre C.G. quali il 'buon costume', più dichiaratamente dipendenti dal (mutevole) contenuto di valutazioni sociali, il richiamo del criterio della 'utilità sociale' poteva essere inteso non tanto come un rinvio a "valori sociali" (a ciò che la coscienza collettiva avesse mano a mano *ritenuto* 'socialmente utile') bensì al relativo concetto discusso – con pretese (frustrate) di esattezza e di definitività – all'interno della *scienza economica*. Evidentemente *in questo secondo caso* (ma solo in questo secondo caso) l'argomento di Einaudi si rivelerebbe stringente.

A tal proposito, comunque, parrebbe potersi rilevare come la decisione di inserire le formule qui identificate come (alcune) C.G. *nonostante* le obiezioni sollevate da parte di alcuni costituenti, depongono pur sempre in favore almeno di una *generica* ed *ampia* consapevolezza del senso dell'operazione, che certamente non parrebbe potersi presumere avesse come scopo (sul versante soggettivo) quello di introdurre, per il tramite delle C.G., delle "non norme" all'interno del testo costituzionale. Tanto più considerando come questo si riverbererebbe a valle (sul versante oggettivo) come una violazione del canone ermeneutico generale (e di particolare cogenza in campo giuridico), quello secondo cui gli enunciati (e loro singole componenti) dovrebbero interpretarsi *magis ut valeant*, ovvero nel senso di poter esprimere un significato (possibilmente coerente) piuttosto che nessuno.

Tanto varrebbe anche per escludere che le (disposizioni contenenti) C.G. possano costituire – al contrario di quanto talvolta è dato di ascoltare – una diretta modalità di espressione di quei "compromessi dilatori" (secondo la celebre definizione di Carl Schmitt) che talvolta albergherebbero nei documenti costituzionali. Infatti, la natura del compromesso dilatorio sarebbe quella di trovare un accordo soltanto sulla *formula*, ma non sul *contenuto* (sulla *parola*, non sul *concetto*), rendendo assiomaticamente impossibile e vano ogni ragionamento interpretativo.

SCHMITT con riferimento alla Costituzione di Weimar, parlava di «compromessi impropri» (*unechten Kompromissen*), asserendo come «si potrebbe definirli compromessi fittizi, poiché essi non riguardano nessuna decisione oggettiva raggiunta con una concessione reciproca; la loro essenza consiste invece proprio nel differire ed aggiornare questa decisione. Il compromesso consiste, cioè, nel trovare una formula che soddisfi tutte le richieste contraddittorie e lasci indecisi in una locuzione ambigua i veri punti della disputa. *Essa contiene perciò solo un enunciato esteriore, linguistico, dal contenuto oggettivamente inconciliabile*. Questi compromessi fittizi sono in un certo senso compromessi effettivi, giacché essi non sarebbero possibili, se fra le parti non vi fosse nessuna intesa. Ma l'intesa non riguarda l'oggetto; si è d'accordo soltanto nell'aggiornare la decisione e nel lasciarsi aperte le interpretazioni e le possibilità più disparate. Il compromesso non riguarda quindi la soluzione oggettiva di una questione per via di reciproche concessioni obiettive, ma l'accordo mira invece ad accontentarsi di una formula dilatoria che tenga conto di tutte le pretese» (*Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, 52, corsivo mio).

Nel caso di tali formule compromissorie, mancando *a priori* una scelta, non ci sarebbe alcuno spazio per un'analisi semantica fruttuosa, giacché «non è proprio possibile interpretare una volontà che non esiste. *Dove non c'è nessuna volontà, anche il più grande acume giuridico perde la sua ragion d'essere. Ogni trattazione "normativa" finisce qui in una misera pedanteria*. Se la costituzione (...) non contenesse altro che questi compromessi dilatori, il suo valore sarebbe veramente illusorio e si dovrebbe essere preparati a decisioni fondamentali prese fuori dalle procedure e dai metodi costituzionalmente previsti» (*ivi*, 56, corsivo mio).

Tale modo di procedere, peraltro, fu a suo tempo rimproverato come caratteristico anche di numerose parti della Carta costituzionale repubblicana.

Note a tal proposito sono le critiche di Benedetto Croce, il quale affermava come i Costituenti (ed in particolare i tre partiti del Governo), nel redigere il Progetto di Costituzione, «non vi perseguivano un medesimo fine pratico», e questo avrebbe portato ad una «mirabile concordia di parole e discordia di fatti», con il seguente risultato: «compromessi, sterili e fecondi solo di pericoli e concetti vaghi e contraddittori abbondano» (A.C., III, 2006, s.), là dove lo stesso Togliatti – pur sottolineando i molti aspetti positivi del Progetto di Costituzione, anche per le sue premesse “compromissorie” – ammetteva che in certi casi si sarebbe tuttavia seguita la (diversa) strada del «compromesso deteriore», ossia del «lavorare non più sulle idee e sui principi, sulle loro deduzioni e conseguenze, a nel lavorare esclusivamente sulle parole: nel togliere una parola e metterne un'altra, la quale direbbe approssimativamente lo stesso, ma fa meno paura, oppure può essere interpretata in altro modo; nel sostituire così la confusione alla chiarezza (...). Tutti gli articoli relativi ai diritti sociali sono stati rielaborati con questo deteriore spirito di compromesso verbale» (A.C., III, 2016).

Analogamente, nella letteratura di quegli anni, VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, 250: «le dichiarazioni della costituzione italiana risentono troppo del compromesso politico del quale sono scaturite e il contrasto fra le opposte ideologie si rivela spesso in stridenti contraddizioni o, peggio ancora, in formule vacue ed inconcludenti».

Viceversa, come già si vedeva, nel caso delle C.G. un contenuto (oggetto di una scelta volontaria del Costituente) ci sarebbe fin da subito, ancorché non predeterminato e statico: anche se la qualificazione giuridica delle future situazioni rientranti nell'ambito applicativo della norma non risulterebbe (del tutto) prevedibile, insomma, la scelta del criterio per giungere alla soluzione sarebbe già stata effettuata.

Il che, beninteso, non esclude che un articolo contenente una C.G. possa poi costituire il prodotto di un compromesso dilatorio – e pertanto una norma sostanzialmente indecifrabile o a-significante dal punto di vista del suo concreto contenuto prescrittivo –, ma questo non tanto per la presenza nell'articolo di una (o più) C.G., bensì piuttosto per la contemporanea presenza di *più* scelte fra loro *inconciliabili*. Ed è ben vero che alcune di esse (scelte), o al limite anche tutte, potrebbero certo essere formulate attraverso C.G., ma è altrettanto evidente che la reciproca inconciliabilità non dipenderebbe dalla formulazione attraverso una C.G., ma dal relativo *contenuto* (ciò che peraltro ulteriormente confermerebbe la capacità delle C.G. di esprimerne uno).

Significativa in tal senso, ad esempio, è la posizione espressa da CHELI (*Libertà e iniziativa privata nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 304) in merito all'art. 41 Cost.: «la norma si presenta pertanto *indeterminata* nel suo nucleo politico centrale, *anfibia*, suscettibile cioè di essere sviluppata in due direzioni opposte e *sottoposta*, in fatto, a *particolare tensione* da parte delle forze politiche operanti nell'ordinamento che mirano ad attribuirle un significato corrispondente ai fini da esse perseguiti. Dinanzi a norme di questa natura l'interpretazione giuridica incontra limiti insuperabili».

Come si vede, qui è la norma *nel suo complesso* ad essere equiparata alla tipologia del “compromesso deteriore” cui sopra si faceva riferimento, e se la presenza della C.G. della ‘utilità sociale’ senz'altro potrebbe aver contribuito ad aumentare l'indeterminatezza del “nucleo politico centrale”, di per sé essa non avrebbe potuto rendere anfibia la norma in assenza della dichiarazione di «libertà» della iniziativa economica privata di cui al primo comma della medesima disposizione.

#### § 4.4 Esistono dei “custodi costituzionali” delle clausole generali?

Altro punto rispetto al quale, sul piano del diritto costituzionale, il requisito della (piena) *intenzionalità* della scelta legislativa (qui: costituente) potrebbe essere revocato in dubbio è quello relativo agli organi cui – in assenza di un sicuro criterio oggettivo – sarebbe sostanzialmente demandato di “completare” le norme estrapolabili dalle C.G..

Più in particolare, il caso delle C.G. inserite all’interno del diritto comune parrebbe differire da quello delle C.G. inserite all’interno del diritto costituzionale quanto alla consapevolezza del Legislatore (costituente) in relazione al *soggetto* (o almeno al *soggetto privilegiato*) cui si vedrebbe affidato il compito di “interpretare” il rinvio ai valori sociali meta-giuridici evocati nelle C.G..

Per le prime (C.G. operanti all’interno del diritto comune), infatti, non si è mai dubitato che esso (soggetto) andasse identificato col giudice (ordinario) che le relative norme sarebbe stato chiamato via via ad applicare, mentre per le seconde (C.G. operanti all’interno del diritto costituzionale), le soluzioni possibili potevano essere astrattamente tre: il Legislatore, la Corte costituzionale e la magistratura ordinaria.

A dire il vero, comunque, l’attenzione per il soggetto istituzionale che sarebbe chiamato (a titolo esclusivo o concorrente) ad integrare e/o specificare il contenuto contingente delle C.G. non dovrebbe far dimenticare come (anche) le norme contenenti queste ultime vedano (o quanto meno dovrebbero vedere) come primo interprete non il *giudice* (o il *legislatore*), bensì il *destinatario* del relativo precetto, giacché parrebbe francamente assurdo (oltre che spesso, almeno per alcuni soggetti, assiomaticamente impossibile) dover supporre che colui che sia chiamato a prestare osservanza alla norma debba aspettare la pronuncia di un organo giurisdicente (o la mediazione di un *ulteriore* organo politico) per poter correttamente orientare il proprio comportamento in senso conforme al diritto (considerando, fra l’altro, come altrimenti ragionando il destinatario diretto della norma potrebbe apprendere il suo contenuto solo nel momento in cui gli verrebbe irrogata una sanzione).

Riguardata nell’ottica del destinatario primo della norma contenente una C.G., e supponendo che questi si riveli un semplice consociato – diverso sarebbe il caso, infatti, di una norma costituzionale che ad esempio ponesse dei vincoli al solo Legislatore – , quindi, la segnalata differenza fra C.G. ordinarie e C.G. costituzionali, almeno per questo aspetto verrebbe a sfumare.

Se l’intervento di quest’ultima, come in parte già si anticipava, parrebbe configurarsi come opzione marginale giacché da un lato circoscritta ai (rari) casi di possibile *Drittwirkung* e dall’altro lato esclusa ogniqualvolta sussista una riserva di legge, più complessi ragionamenti si impongono per quel che attiene al possibile intervento (se del caso anche congiunto) di Legislatore e Corte costituzionale.

Qui, infatti, il generale profilo della “interpretazione” delle (disposizioni contenenti) C.G. non parrebbe necessariamente ed *esclusivamente* prolettico – come invece accadrebbe nel caso delle C.G. di diritto comune – alla (diretta) *applicazione* delle C.G. ad opera, tipicamente, di organi (amministrativi e) giudiziari, bensì potrebbe concettualmente rivelarsi (più) funzionale all’*attuazione* delle C.G. costituzionali ad opera, tipicamente, di organi politici e fra questi (per eccellenza) il Legislatore.

Un problema, quello del ruolo “eminente” del Legislatore nella concretizzazione delle C.G., avvertito da tempo come una potenziale specifica particolarità delle C.G. costituzionali. Con particolare riferimento all’utilità sociale (ma con una valenza più ampia), si veda RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., 1287, là dove osserva come «evidentemente, l’esistenza di tale concetto elastico al livello costituzionale può importare delle differenze dalla operatività consueta di questi concetti nell’ambito privatistico, non esaurendosi nel profilo interpretativo, ma comprendendo anche l’eventuale svolgimento di attività legislativa».

In questo senso, l’inveramento delle C.G. costituzionali si rivelerebbe un caso particolare della generale “tensione (anche) istituzionale” che (in potenza) parrebbe

generarsi allorché la Costituzione ricorra a formule non ben definite: «ogni qual volta la legislazione è oscura o poco chiara, nella stessa misura è di necessità ridotto il primato della legge. Se poi la oscurità riguarda la costituzione, cioè la legge fondamentale in cui si esprime il regime politico dello Stato, si hanno ripercussioni negative per la stessa oggettività e nettezza con cui si possono tracciare i confini tra i diversi poteri. Donde una situazione di promiscuità che può avvantaggiare l'uno o l'altro di essi» (FARIAS, *Le dichiarazioni costituzionali generiche e i rapporti fra Stato e diritto*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Patron, Bologna, 1969, 44).

Tentare di offrire una risposta *netta* e per così dire *assoluta* al quesito concernente a chi spetti "interpretare", attuandole o applicandole, le norme indeterminate della Costituzione (e fra queste anche quelle contenenti una C.G.) – con la connessa generale *actio finium regundorum* fra (ambito della) giurisdizione (costituzionale) e (ambito della) politica – parrebbe possibile solo sul presupposto di quelle previe (e impegnative) assunzioni teoriche sul concezione del) diritto e sulla (concezione della) Costituzione cui dichiaratamente qui si è rinunciato.

Si tratta, peraltro, di concezioni che spesso finiscono per declinare la questione delle norme costituzionali indeterminate in termini di "allocazione" (o di "spostamento") di potere, in particolare fra il Legislatore e la Corte costituzionale, come se si trattasse semplicemente di "decidere" in modo ampiamente discrezionale (quando non addirittura arbitrario) come riempire gli "spazi vuoti", ossia non completamente determinati, del disposto costituzionale, e quasi che l'interesse fosse più quello di sancire una "prevalenza" di un organo su un altro in caso di conflitto e non di riflettere sul concreto contenuto prescrittivo della Carta.

Ciò che ora invece provvisoriamente (e forse più prudentemente) sembrerebbe potersi proporre come ipotesi è che alla *corretta* determinazione, nel corso del tempo, del contenuto concreto delle C.G. Legislatore e Corte costituzionale possano cooperare nel rispetto delle rispettive competenze.

In questo senso, infatti, tradizionalmente all'elasticità delle Carte costituzionali (compresa quella legata all'inserimento al loro interno di C.G.) si associava una maggiore "libertà" della politica intesa in senso ampio, e soprattutto del Legislatore.

A tal riguardo, si vedano già le osservazioni di S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali* (1907), ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, I, 266, secondo cui «gli articoli del nostro Statuto (...) e ciò a maggior ragione si potrebbe dire per le carte più antiche – i somigliano a delle semplici intestazioni di libri, le cui pagine sono state lasciate bianche e che vengono a poco a poco riempite con i materiali che forniscono i nostri usi e costumi politici, le nostre incipienti tradizioni, in una parola, l'evolversi della nostra vita pubblica».

Analogamente anche ROSSI, *La elasticità dello Statuto italiano*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, 1940, I, 27 s.: «per elasticità intendo la caratteristica conformazione di una Carta Costituzionale, la quale agevolmente si adatti alle variabili necessità dei tempi e delle circostanze, perché le sue formule, sintetiche e generiche, lasciano largo margine al loro sviluppo e alla loro integrazione mediante leggi costituzionali particolari, consuetudini e interpretazioni varie». Nello stesso saggio si insiste particolarmente sull'accresciuto "margine di manovra" acquisito dal Legislatore in caso di "elasticità costituzionale": «di fronte al carattere della elasticità, la questione della rigidità o della flessibilità può passare in seconda linea. Se la costituzione è elastica, cioè se le sue scarse ed ampie formule consentono susseguenti atti legislativi che ad essa non contrastano, è evidente che questi atti legislativi possono, in ogni ipotesi, essere emanati dal Parlamento (...) Per elasticità sotto l'impero della medesima norma generale, si possono prendere opposte disposizioni particolari, senza ledere tale norma e senza modificarla, cioè senza esercitare potestà costituente» (*ivi*, 38).

Tale libertà, tuttavia, almeno nel caso delle C.G. veniva desunta più che altro dalla possibilità di adottare provvedimenti legislativi di differente contenuto in periodi

differenti senza per questo violare la medesima norma costituzionale (ed anzi esplicitandone il contenuto attuale).

Questo però non significa affatto che il Legislatore, grazie all'elasticità guadagnata dalla Costituzione in virtù (anche) delle C.G., potrebbe adottare atti legislativi dotati di *qualsiasi* contenuto senza *mai* violare la norma contenente una C.G.. La C.G., come si vedeva, esprime un contenuto (parzialmente indeterminato e) diacronicamente mutevole – che quindi può (e anzi deve) essere attuato in modo differente in momenti storici differenti –, ma *in ciascun momento storico* parrebbero pur sempre esistere dei provvedimenti legislativi *sicuramente incompatibili* col contenuto della C.G., ed in questi casi l'intervento della Corte costituzionale parrebbe inevitabile e giuridicamente dovuto.

Come a suo tempo rilevato da PALADIN (*Legittimità e merito delle leggi nel giudizio costituzionale*, cit., 322), infatti, attesa la grande diffusione di norme costituzionali contenenti C.G. ed altri concetti indeterminati e/o rinviati al meta-giuridico, «la pretesa di escludere siffatti sindacati, muovendo dalla critica della discrezionalità e dell'eccesso di potere legislativo, conduce a privare di concrete garanzie giuridiche la parte maggiore e più sensibile della costituzione».

Assunto poi ribadito e argomentato (ivi, 328 s.): «malgrado la sua rigidità, la carta costituzionale genera – non solo per singoli aspetti, ma nella sua totalità – un sistema normativo variamente elastico, cioè contrassegnato in ogni parte dalla presenza d'una molteplicità di concetti imprecisi e di labili criteri direttivi. Sottrarre pertanto alla Corte il sindacato sull'adempimento o sul fedele sviluppo dei criteri e dei concetti, che sembrano troppo sfumati o contengano troppe implicazioni non giuridiche, perché se ne possa conoscere nel quadro d'un giudizio di pura legittimità, conduce necessariamente a contestare il sindacato stesso, svuotando di senso l'intero istituto della giustizia costituzionale, dovunque la costituzione manifesti la propria elasticità. (...) Del tutto infondato, in particolar modo, appare il tentativo di scindere le disposizioni costituzionali sulla base della loro *Judiziabilität*, vale a dire secondo l'attitudine ad essere applicate in termini oggettivi e logicamente inattaccabili, anziché prestarsi al metro di giudizio del caso per caso, e consentire apprezzamenti soggettivi dell'interprete. La distinzione della legittimità dal merito costituzionale, non diversamente dalla determinazione di ogni figura giuridica, non deve per definizione operarsi in astratto, immaginando una mitica oggettività che non dia luogo a discussioni, ma viene tracciata dai limiti stessi delle norme contenute in costituzione».

Il problema che subito si pone, naturalmente, è quello dei “confini” del controllo correttamente e legittimamente esercitabile da parte della Corte costituzionale sull'operato del Legislatore sulla base del parametro costituito dalle (norme contenenti una) C.G., un controllo che – se troppo penetrante – rischierebbe di divenire “politico” comprimendo eccessivamente la “discrezionalità” legislativa la quale, pur vincolata al rispetto delle valutazioni sociali richiamate dalla C.G., parrebbe comunque sussistere nell'elaborazione della norma su queste ultime fondata (ma non da esse meccanicamente desunta).

Rilievo, questo, che verosimilmente parrebbe tuttora deporre per la sensatezza della tesi per cui la Corte dovrebbe in tali casi arrestare il suo sindacato al controllo sui c.d. “limiti esterni” delle C.G..

Secondo la soluzione proposta sempre da PALADIN, *Op. ult. cit.*, 330, il quale – pur assumendo, come si vedeva, la necessità di un controllo della Corte costituzionale sul rispetto da parte del Legislatore delle clausole in esame – osservava come «l'idea che la funzione della Corte costituzionale rivesta un carattere discrezionale e politicizzato sembra criticabile già nella premessa, che spetti a quell'organo l'integrazione delle imprecise nozioni e direttive della carta».

Da cui la conclusione (ivi, 331): «nella misura in cui s'accentui l'imprecisione dei concetti costituzionali, ovvero la storica mutevolezza delle direttive assegnate dalla legge, diminuisce corrispondentemente (...) la potestà di sindacato della Corte. Nelle materie per cui la costituzione disponga in termini fluidi e sommari, ed espressamente od implicitamente rimandi alla legge ordinaria la correlativa disciplina, non è corretto negare che la carta stessa riconosca al legislatore una certa incontrollabile competenza ad optare tra varie soluzioni, del pari ammissibili; sicché la precedente

affermazione, che pure in questa sede si possano dare questioni di costituzionalità, non implica minimamente che spetti alla Corte integrare o riempire siffatti spazi liberi, ma semplicemente esprime l'esigenza che s'abbia comunque controllo – per vasti od elastici che siano – sull'osservanza dei “limiti esterni ed estremi” delle clausole in esame. Ed è soprattutto in quest'ultima ragione restrittiva, che si coglie l'essenza dell'ampissima definizione data alla figura della legittimità costituzionale».

Sembra peraltro interessante notare come questa (proposta di) soluzione del rapporto fra Legislatore e Corte costituzionale, in merito all'interpretazione delle C.G., sulla base della discrezionalità (nei limiti e nelle proporzioni in cui sussista) del primo e del controllo di legittimità (e non di merito) della seconda, troverebbe un corrispettivo, nel diritto comune, nel controllo esercitato dalla Corte di Cassazione (com'è noto, giudice di legittimità) rispetto alle decisioni relative alle C.G. dei giudici ordinari (di merito), controllo che si limiterebbe all'accertamento della “non incompatibilità”.

V. sul punto ROSSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, cit., 676: «l'ampiezza dei poteri del giudice di merito nell'applicazione delle disposizioni di legge formulate per clausole generali fa sì che il controllo di legittimità da parte della Cassazione – e qui sta la sua caratteristica più saliente – sia non tanto di congruenza del precetto contenuto nella sentenza col precetto legislativo, quanto di compatibilità del primo col secondo. E ciò comporta, nei casi limite, l'eventualità che la Corte dichiari non incompatibili con la stessa norma, espressa con un concetto indeterminato, decisioni non uniformi, ma non sconfinanti nello “spazio di libero giudizio” riservato ai giudici di merito».

#### § 5 – Prime conclusioni sulle C.G.: una problematica non solo linguistica

Tanto peraltro non significa rinunciare ad assegnare un significato al testo costituzionale nella parte in cui esso contiene una C.G.: operazione, questa, che parrebbe necessaria se non altro per capire a quali specifiche valutazioni sociali l'interprete deve rivolgere la propria attenzione.

Le C.G., infatti, rimangono pur sempre espressioni linguistiche indeterminate che pongono (anche) problemi linguistici, i quali devono essere preliminarmente affrontati e risolti (riducendo in termini accettabili l'indeterminatezza delle formule) per poter sperare di rendere concretamente operativa la (norma contenente una) C.G..

Insiste su questo aspetto soprattutto MARTINES, *Concetti indeterminati e attività interpretativa della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, cit., 174: «poiché uno dei termini di raffronto nei giudizi di legittimità costituzionale è dato dalla norma costituzionale, a noi sembra che la Corte, nel caso in cui il testo normativo superprimario contenga un “concetto indeterminato”, dovrebbe preliminarmente assegnare un significato allo stesso per poi procedere, in funzione di questo significato, all'interpretazione del testo».

L'A. rileva, con riferimento alla considerazione della ‘utilità sociale’ ex art. 41 Cost., l'opinabilità di alcune tendenze della giurisprudenza costituzionale osservando come «in presenza di formule costituzionali generiche, la Corte rinuncia a specificarne il significato, con la conseguenza che, non venendo meno la ipoteticità del testo, il termine di raffronto dato dal testo normativo costituzionale resta imprecisato. E poiché proprio questo termine di raffronto non può essere utilizzato nella sua pienezza, la Corte deve riconoscere un'ampia sfera di discrezionalità al legislatore e limitarsi ad accertare (...) “la manifesta costatabilità della rispondenza delle norme denunciate ai criteri e concetti metagiuridici richiamati in Costituzione”» (ivi, 175).

Da qui l'approdo ad una conclusione fortemente critica: «poiché la Corte non specifica alcun significato, ma, al più, sostituisce una formula vaga con un'altra altrettanto vaga (*obscurum per obscurius*), l'interpretazione della norma costituzionale manc[a] di un elemento sostanziale costituito dalla esplicitazione della formula generica. Il giudizio logico condotto dalla Corte risulta essere, in tale ipotesi, incompleto, dal momento che l'esame della legittimità costituzionale della norma subordinata viene svolto nel presupposto che spetti al legislatore, e ad esso soltanto, di assegnare un contenuto specifico alla formula generica» (ivi, 177 s.).

Sullo stesso argomento, ma con differente impostazione, v. anche FARIAS, *Linee metodiche generali per l'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, cit., 325 s.: «non è dubbio che l'amplicissima generalità di concetti come 'utilità sociale' 'sicurezza' 'libertà' 'dignità umana' lascia al legislatore ordinario uno spazio molto ampio di discrezionalità all'interno di una sfera caratterizzata da interessi molto generali. L'interprete non può che prenderne atto. La sfera però non è illimitata. Una precisazione dei suoi confini potrà giovare della distinzione tra il nucleo luminoso e la periferia in penombra dei concetti. A tal fine lo strumento della interpretazione sistematica rende servizi preziosi consentendo di isolare all'interno della stessa Costituzione alcune finalità che essa chiaramente fa su e che rientrano nella zona centrale e più luminosa del significato di quei concetti generali. Le condizioni reali necessarie in un determinato contesto storico perché quelle finalità siano conseguite costituiscono una seconda zona immediatamente adiacente, che anch'essa si può ritenere di sicura pertinenza del loro significato».

La cosa più importante, però, parrebbe rendersi consapevoli di come, dalla (pur necessaria) preliminare assegnazione di un significato alla disposizione contenente una C.G., a causa delle caratteristiche *intrinseche* della C.G. (e segnatamente dalla sua apertura al meta-giuridico in senso diacronico), non potrà *comunque* desumersi un contenuto semantico "compiuto" in ogni suo dettaglio e soprattutto sottratto una volta per tutte al trascorrere del tempo.

Nella progressivo processo di precisazione della singola (norma contenente una) C.G., infatti, sembrerebbero potersi individuare non meno di tre distinti livelli di problematicità, di cui solo il primo parrebbe direttamente relativo al piano dell'analisi linguistica.

Per quanto attiene a quest'ultimo, prendendo ad esempio la C.G. della 'utilità sociale' di cui all'art. 41 Cost., si tratterà insomma certamente per prima cosa di indagare su *che cosa possa significare*, all'interno del documento costituzionale, la formula *de qua*, ed in tal senso soccorreranno sia una rigorosa analisi semantica della locuzione, sia una considerazione di quest'ultima il più possibile sistematica all'interno del contesto in cui si viene a inserire. In questa chiave, non è da escludere come all'interno del testo costituzionale, ad esempio, si possano riscontrare dei collegamenti "privilegiati" sia con altri beni (per quanto attiene al discorso sulla 'utilità'), sia con altri soggetti (per quanto attiene al discorso sul requisito della 'socialità'). Attraverso questo primo livello di analisi, da svolgersi prevalentemente sul piano linguistico, si verrebbe così ad individuare l'*ambito materiale* (delle valutazioni sociali) di riferimento.

Giova tuttavia ribadire – e siamo al secondo livello di problematicità – come la C.G. (nel nostro esempio, l' 'utilità sociale'), pure ulteriormente specificata dal punto di vista del suo significato, parrebbe appunto subordinare la loro applicabilità in chiave normativa al rinvio ad entità non propriamente (o comunque non solo) giuridiche e per di più dal contenuto diacronicamente mutevole: appunto le valutazioni (o i valori) sociali di riferimento. In parole più semplici, non tanto la definizione del concetto di utilità sociale, bensì il suo concreto contenuto parrebbe dipendere da tutta una serie di elementi più contingenti e non astrattamente predeterminabili "una volta per tutte", legati al progressivo trascorrere del tempo e al relativo mutare della società: pur restando invariato il concetto di 'utilità sociale', ciò che *oggi* risulta (*rectius*: viene *percepito* come) socialmente utile, *domani* potrebbe risultare (*rectius*: viene *percepito* come) socialmente dannoso.

Un terzo livello di problematicità attiene infine alle modalità di accertamento di ciò che è (percepito come) utile o dannoso alla società in un concreto istante di tempo. La questione, va da sé, è in parte legata al *quantum* di precisione con cui vengono sciolti i profili (definitivi e di rinvio mobile) precedentemente menzionati, ma non si esaurisce nei precedenti livelli. Infatti, anche in presenza di una chiara definizione di ciò che venga considerato socialmente utile "in generale", ed anche chiarito quali siano gli elementi costitutivi di questa utilità sociale "in un particolare momento", non per questo appurare con certezza la situazione di maggiore o minore utilità sociale risulta un passaggio automatico o privo di insidie. Con un esempio, potrebbe benissimo intendersi per utilità sociale la massimizzazione delle singole utilità individuali, ulteriormente specificando che l'utilità del singolo sia da rapportarsi alla sua personale soddisfazione derivante dal godimento di beni e servizi (in senso lato); del pari sembrerebbe ragionevole presumere come la soddisfazione che i singoli derivano dal godimento di beni o servizi possa mutare col passare del tempo (e quindi col cambiare delle condizioni materiali e dei bisogni); tuttavia, palesemente, questo non basterebbe a rendere *facile* la valutazione del socialmente utile (o del socialmente funzionale), giacché *accertare* (o anche solo congetturare in termini credibilmente differenziati) le soddisfazioni individuali parrebbe estremamente complicato.

Quello che quindi semmai sembrerebbe potersi auspicare sarebbe una maggiore chiarezza, da parte del Legislatore in prima battuta e della Corte costituzionale in seconda istanza, sull'esplicitazione delle valutazioni meta-giuridiche che si assumono richiamate dalle C.G., nonché dei criteri utilizzati per accertarle.

Un risultato, tuttavia, che parrebbe tanto auspicabile quanto difficilmente raggiungibile, almeno allo stato dei fatti. Da una parte, invero, è da ricordare l'inesistenza di un obbligo di motivazione degli atti legislativi da una parte del Legislatore.

V. già C. Cost., 24 febbraio 1964, n. 14, dove si osserva come «di norma, non è necessario che l'atto legislativo sia motivato, recando la legge in sé, nel sistema che costituisce, nel contenuto e nel carattere dei suoi comandi, la giustificazione e le ragioni della propria apparizione nel mondo del diritto»), mentre sembrerebbe ritenersi sufficiente un (consapevole) dibattito parlamentare per attestare un concreto apprezzamento dei fini di generale utilità e dei mezzi per realizzarli («basterebbe ricordare la vivacità delle discussioni in Parlamento, per escludere che la legge sia venuta fuori senza che il relativo disegno sia stato sottoposto al vaglio di una scelta e senza che le ragioni pro e contro siano state dibattute»).

Dall'altra, la tendenza della Corte costituzionale parrebbe spesso nel senso di effettuare una verifica di natura prevalentemente "formale" sull'operato del Legislatore – vagliando più che altro la ragionevolezza dei mezzi apprestati rispetto al fine, ma non la rispondenza di quest'ultimo al contenuto della C.G. – oppure un controllo contenutistico alquanto "rapsodico" e non adeguatamente argomentato.

Sempre prendendo ad esempio l'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost., quanto al primo profilo – a ben vedere – nelle numerose sentenze in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla riconducibilità al parametro dell'utilità sociale dei limiti introdotti dal Legislatore nella sua attività di conformazione della libertà di iniziativa economica privata, la Consulta ha prevalentemente assunto un atteggiamento di almeno apparente *self restraint*, affermando come «la Corte (...) nei casi in cui le leggi apportino limitazioni ai diritti di libertà economica, ha certamente il potere di giudicare in merito alla utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere su quei diritti. Ma tale potere concerne solo gli aspetti logici del problema e cioè la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo» [C. Cost. 16 giugno 1971, n.137, dove si richiamano i precedenti delle sentt. 15 marzo 1960, n. 11, 6 luglio 1960, n. 59, 24 febbraio 1964, n. 14 e 23 giugno 1966, n. 65]. Assunti, questi, costantemente ribaditi dalla giurisprudenza successiva [v. ancora C. Cost. 21 luglio 1992, n. 388, dove si può leggere come «per quanto riguarda la utilità sociale, il potere della Corte concerne solo la rilevabilità dell'intento legislativo di perseguire quel determinato fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo (sentt. n. 63 del 1991; n. 446 del 1988; n. 20 del 1980)»] e che venivano ulteriormente specificati da un passaggio di una celebre sentenza del 1964 – a ben vedere riferita alla (diversa) clausola della 'utilità generale' di cui all'art. 43 Cost., ma il cui contenuto la Corte ha sempre mostrato di ritenere valido anche per l'utilità sociale ex art. 41, secondo comma Cost. –, secondo cui «per potere affermare che la legge denunziata non risponda a fini di utilità generale (...) bisognerebbe che risultasse: che l'organo legislativo non abbia compiuto un apprezzamento di tali fini e dei mezzi per raggiungerli o che questo apprezzamento sia stato inficiato da criteri illogici, arbitrari o contraddittori ovvero che l'apprezzamento stesso si manifesti in palese contrasto con i presupposti di fatto. Ci sarebbe anche vizio di legittimità se si accertasse che la legge abbia predisposto mezzi assolutamente inadeguati o contrastanti con lo scopo che essa doveva conseguire ovvero se risultasse che gli organi legislativi si siano serviti della legge per realizzare una finalità diversa da quella di utilità generale che la norma costituzionale addita» [C. Cost., 24 febbraio 1964, n. 14].

Quale fosse concretamente la utilità generale (nella nostra ottica, a quale specifico tipo di valutazioni di quali parti del corpo sociale si rinviasse), la Corte costituzionale non precisa, nè d'altro canto – come subito si vedrà – sembrerebbero potersi trarre indicazioni univoche dall'analisi della sua giurisprudenza di stampo "contenutistico".

Infatti, sulla scorta di tali premesse, è ben vero che la Corte costituzionale ha il più delle volte giustificato i limiti legislativamente apposti argomentando la loro rispondenza ai requisiti dell'utilità

sociale attraverso un collegamento con altri beni costituzionalmente garantiti in modo espresso, individuandoli variamente nella tutela della donna lavoratrice [C. Cost., 14 febbraio 1969, n. 27], nel diritto al mantenimento e all'assistenza sociale [C. Cost., 27 febbraio 1969, n. 36], nella garanzia del diritto dei lavoratori al riposo settimanale [C. Cost., 5 aprile 1974, n. 111], nella tutela della salute e dell'ambiente [C. Cost., 20 maggio 1998, n. 196 e 6 giugno 2001, n. 190. Sul diritto a vivere in un ambiente non degradato quale ulteriore specificazione (anche) dell'utilità sociale cfr. C. Cost. 6 settembre 1995, n. 427 e 24 giugno 2004, n. 196]. Altre volte tuttavia la Corte costituzionale ha ritenuto giustificate (in quanto "coperte" dal limite della utilità sociale) delle limitazioni legislative alla libera iniziativa economica privata anche in forza di interessi non direttamente riconducibili a specifici interessi costituzionali, ad esempio riconoscendo per socialmente utili l'incremento della produzione [V., ad esempio, C. Cost., 8 aprile 1965, n. 30], l'equilibrio di mercato fra domanda e offerta [C. Cost., 28 gennaio 1991, n. 63], fino a giungere all'interesse di «salvaguardare le condizioni della loro efficienza, della loro potenzialità e competitività; in genere, a garantire i valori aziendali, la permanenza delle imprese in un mercato libero, il mantenimento delle regole della libera concorrenza che in esso vigono, nonché il sistema economico produttivo vigente» [C. Cost. 2 dicembre 1991, n. 439].

In tal modo, tuttavia, è finito per non risultare chiaro sia (ad esempio) se le valutazioni relative al socialmente utile sarebbero da circoscriversi agli ambiti riconducibili ad altri beni costituzionali, sia (soprattutto) quali sarebbero i criteri per cui si ritiene concretamente fondata (o comunque accertata) una valutazione di utilità sociale in relazione alle singole istanze.

Un assetto ancora molto "fluidico", come si vede, e lungi dall'aver trovato una sistemazione teorica chiara ed appagante sotto ogni profilo, (assetto) che se non altro sembrerebbe suggerire prudenza nell'introdurre (o nell'incrementare) una "normazione per clausole generali" se non in assoluto, quanto meno in quei settori della Costituzione – si pensi, soprattutto, ai diritti civili e politici – il cui valore di garanzia si desiderasse mantenere intatto e certo, per così dire, "al di là di ogni ragionevole dubbio".

La preoccupazione, peraltro, non è nuova, se anche un autore certamente ben disposto verso una "legislazione per C.G.", osservava cautamente già negli anni '60 come «i nostri rilievi sono svolti con esclusivo riguardo alla legislazione civile ed a quei settori che, con un significativo ritorno terminologico, vengono designati come diritto comune. Solo a prezzo di gravi fraintendimenti potrebbero essere riferiti a materie come la penalistica o la processuale; e deve recisamente escludersi la loro rilevanza in tutti i casi relativi alle libertà civili, nelle quali, sancita dal testo costituzionale la distinzione dai rapporti economici, si sostanzia ormai la difesa delle ragioni più profonde dell'individuo. Queste, libere d'ogni egoismo e insofferenti d'ogni tutela, sono oggi le grandi libertà, alle quali nulla la storia può aggiungere e molto può levare. Per esse, quindi, la cristallizzazione in formule giuridiche rigide è il destino più auspicabile». Così RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 89.

\* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Bologna

## BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1975.
- BARBERA, "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in AA.VV., *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di Califano, Torino, 2004.
- BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949.
- CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Torino, 1954.
- CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986.
- CHELI, *Libertà e iniziativa privata nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960.
- DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984.
- DONATI (*Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910).
- ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.
- FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987.
- FARIAS, *Le dichiarazioni costituzionali generiche e i rapporti fra Stato e diritto*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Patron, Bologna, 1969.
- FARIAS, *Linee metodiche generali per l'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, cit..
- GUARNERI, *Le clausole generali*, in AA. VV., *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, II, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Utet, Torino, 1999.
- HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*<sup>2</sup>. Tübingen, 1933.
- HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, 1933.
- LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.
- MARTINES, *Concetti indeterminati e attività interpretativa della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, cit..
- MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986.
- PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel giudizio costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964.
- POLACCO (*Le cabale del mondo legale*, in *Atti del Regio Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, Venezia, 1908, ora in *Opere minori*, I, Modena, 1928).
- RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960.
- RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967.
- RODOTÀ, *Commento all'art. 42*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1982.
- RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in IDEM, *Il principio di buona fede*, Milano, 1987.
- S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali (1907)*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, I.
- ROSSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Pol. dir.*, 1988.
- ROSSI, *La elasticità dello Statuto italiano*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, 1940, I.
- SCHMITT, *Principii politici del Nazionalsocialismo*, Firenze, 1935.
- SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984.
- VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948.
- WENDT, *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*, in *Archiv für die civ. Praxis*, 1906.
- WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien-Leipzig, 1924, (prima edizione Wien 1904).
- ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879.